

MARINI GUARANI

SYNTAGMA

ROMANI JURIS AC PATRII

CONÇINNATUM AUDITORIO SUO

SECUNDUM SERIEM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

OPPORTUNE ACCEDUNT EXCURSUS

AD JUS HODIE RECEPTIUS.

TOMUS III.





EXCUDEBANT SIMONES FRATRES

Cum Publica venia.

NEAPOLI 1771.

VIRO AMPLISSIMO

STEPHANO PATRITIO

REGIO CONSILIARIO

IN SUPREMO REGNI NEAPOLITANI CONSILIO &c. &c. &c.

MARINUS GUARANUS

ευπραττειν.



Diutius me cogitantem, cui potius hanc tertiam syntagmatis mei partem inscriberem, duo præ ceteris, Vir Clarissime, perpulerunt, ut ei te potissimum patronum optarem. Primo enim, cum comperissem, te publice privatimque de meis nugis benignius judicare, æquissimum esse censui, extare aliquod apud posteros grati adversus te animi mei monumentum. Deinde, quod caput erat, cum rem successoriam, & de contractibus argumentum præsens libellus unice complectatur, & nusquam alibi Romani legislatores usi sublimiori philosophia fuerint, non temere cujuscumque, sed viri inter ceteros præ-

stantissimi, & qui philosophari in jure maturius, ac felicius insuesset, ei patrocinium parandum erat. Cum igitur inter familiares tuos humanissime ascitus sæpius coram expertus essem, te præ ceteris unum literis apud nostrates illustribus studiorum tuorum rationes ita composuisse, ut sine philosophicis disciplinis mutos, ac veluti infantes jurisconsultos existimares, res ipsa tibi nuncupare suasit philosophum in jurisprudentia argumentum, tibi, inquam, acerrimo fugientis philosophiæ statori, & cujus auspiciis primum in foro Neapolitano invectæ in jurisprudentiam philosophicæ facultates forent. Cum enim adolescens adhuc sub optimo magistro deprehendisses, tam multa interpretum jactata sententiis, ubi in forum delata essent, judicibus probis quidem, ac bonis inextricabiles injicere in judicando scrupulos, improbis vero januam ad gratiam, odium, sordes, opportunissimam patefacere, novas ingressus es jurisprudentiæ addiscendæ vias ipsis beatioris ævi jurisconsultis, nedum vulgo pragmaticorum ignotas. Neque enim e Bartoli, ac Baldi lacunis, aut nudo Prætoris edicto, sed penitus ex intima philosophia juris auspicatus es disciplinam. Sane quod ad Bartoli, ac Baldi admiratores, fieri profecto non potest, quin homines ejus Reipublicæ ignari, cujus leges, & jura tractant, tamquam in illuni nocte sine lumine aberrantes, sæpe offendant, sæpe labantur.

tur. Quod ad eos, qui in uno edicto totam civilem sapientiam contineri putant, peccant hi quidem minus, sed peccant & ipsi tamen. Primo enim ex sparsis edicti laciniis, veluti ex discerptis Absyrti membris, vix quidquam unum elegans quidem illud, & simplex conflari potest. Deinde, tum Romanæ Reipublicæ sit illud unice scriptum, cujus diversa a nostris studia, instituta, mores, non temere in alienam Civitatem sine judicio inferri debet. Aliunde si ipsum Prætoris edictum apud nos Civitate sine discrimine donari oporteret, quotam id complectetur eorum partem, quæ quotidie apud nostrates contingunt? Subductis itaque rationibus, cum ars boni & æqui jurisprudentia sit, & bene agier inter mortales oporteat, primum omnium uberrimum Naturæ codicem versasti animo, & jus primævum illud æquissimum scriptum in tabulario mundi, cujus ipse Deus Optimus Maximus inventor, lator, disceptator esset. Deinde Civitatum initiis, & omnium fere Gentium vita, moribus, institutis accurate perceptis, in præceptiones, ac theoremata universalia te penetrasti, atque in eam præcipue facultatem, quæ docet rem universam distribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, regulam habere denique, qua vera, & falsa dijudicentur. Ita quidem factum, ut licet ju-

juris usum in jurisconsultissima Civitate demiremur in multis, ejus tamen artem tibi unice concedant omnes, & ea fortasse superiorem, quam inter tot ingenia felicioris ævi in uno Servio Sulpicio Cicero deprehendebat olim. Nimirum, quale bono mortalium a Deo Optimo Maximo ingenium nactus eras, aliud expectari non oportebat ab institutione Nicolai Fragiannii viri in omni literarum genere apud Neapolitanos facile principis, cui te erudiendum ab ineunte adolescentia tradidisti. Cum enim is optimus æstimator ingeniorum esset, & suorum studiorum veluti heredem in Civitate quæreret, cui sublimiorem suam philosophiam per manus traderet, mirum ingenii tui acumen cum singulari vitæ sanctimonia demiratus impensiori, ac veluti patria caritate te potissimum erudiendum suscepit. Ita scilicet vir amplissimus magisterii sui successorem nobis post ipsius obitum præmonstravit, quo duce, ut ipso olim, ad severiora studia uti possemus. Quemadmodum igitur ex tota suorum sectatorum coborte Aristoteles Theophrastum in Lycæo successorem sibi delegit, ad quem post summam ipsius diem illi concederent, ita vir ille clarissimus ex selectissimis adolescentibus, qui quotidie discendi causa domum suam itabant, incorrupto suo judicio te unum sapientiæ suæ successorem ascivit. Proinde ejusdem Aristotelis exemplo is usus, qui ad acroatica sua, in quibus philosophia remotior, sublimiorque

con-

continebatur, non temere quemlibet admittebat, nisi quorum eximium ingenium explorasset, ad sublimioris sapientiæ suæ mysteria te unum initiavit. Ita enim fore videbat, ne quando apud nostrates desideraretur olim, qui responsitando, cavendo, judicando imaginem sui posteritati sisteret. Inde factum, ut sub ipsa forensis tui tirocinii rudimenta difficiliores ad te controversiæ deferrentur, & nodos inextricabiles non secares quidem, quod fieri plerumque solet, sed mira facilitate solveres. Incredibili omnes voluptate percellimur, quoties memoria recolimus novum dicendi tuum in foro genus. Neque enim in oratione tua exoleta glossatorum auctoritas, & doctis explosa semper pragmaticorum deliramenta, sed ingenui Naturæ fontes, & cum Gentium sociali jure vere Romana legum interpretatio, historia & eruditione comite, philosophia duce. Quæ sane omnia mira dicendi suavitate perfusa, quod gloriosum in præsens, frustra expectandum in posterum, judices in difficillimis controversiis neque defatigabant, & a rabulis excita in ipsis fastidia facile dispellebant. Verum ingenii tui fama cum annis maturescentis latius serpens in dies intra tribunalium cancellos haud substitit, & ipsum solium faustissimi Ferdinandi IV pervasit. Princeps igitur providentissimus, & in optimis magistratibus designandis paternæ sollicitudinis æmulus, ne ad unos clientes sapientiæ tuæ rediret emolumentum,

rum, & non minus civibus universis, quam ipsi Majestati prodesses olim, te non superbia quidem, sed ob privatas familiae tuae rationes a magistratibus appetendis alieniorem inter Seviros juri dicundo honorificentissimis codicillis adscivit. Atque id quidem munus, cum in controversiis potius ex pragmaticorum formulis, ac recepto ritu definiendis versetur, eique obeundo potius ex forensi pulvere, quam e solida jurisprudentia subsidium sit expectandum, quod alias magnis viris usuvenisse novimus, ab initio videbatur molestiam creasse tibi a jurisprudentia formularia sat alieno, & illustriora rerum argumenta in augustioribus tribunalibus pertractare solito; verum statim post triduum in ejus Curiae negotiis expediendis prudentia, ac dexteritate visus es certare cum peritissimis, & eos ipsos in ea re anteire, qui in toto vitae curriculo nil aliud egisse credebantur: ut inde etiam liquere possit, te ad difficillima quaeque non comparatum quidem, sed natum esse. Ceterum clementissimus Princeps inter humiliora negotia in ultimis judicum subselliis singulare tuum ingenium diu languere noluit, ac, quod raro factum accepimus, statim post semestre spatium in Sacrum Consilium te cooptavit, ut in gravioribus civium controversiis cum collegis tuis vice sacra jus diceres. Et hactenus quidem ipsis privatis Princeps optimus consuluisse videri poterat, non tamen & ipsi Principatui te prodesse

vo-

voluit intercedendo, cavendo, judicando. Cum enim Regium Capellani Majoris *tribunal id potissimum videre debeat, ne quid detrimenti capiant jura Majestatis ob externas scripturas in Regnum illatas, & publici juris inscitia jura Principibus a Deo tradita eo nomine sæpiuscule periclitari cerneret, ubi per tempus licuit, in ea Curia te judicem sedere jussit, ac serio cavere, ne quid de juribus Principatus imminueretur per externos ausus. Quo quidem in munere non solum jura Majestatis acerrime vindicasti, sed & doctissimis tuis consiliis, atque interloquutionibus eo deventum videtur hodie, ut certiores sint positi limites inter Sacerdotium & Imperium, & in tuendis juribus Principatus adversus externas invasiones post longam annorum seriem præsto sit successoribus tuis, quid tuto sequantur, si juris publici principia a te primum in eam rem excitata probe perceperint. Cum igitur in ejus Curiæ controversiis definiendis mirabilis tua juris publici scientia se quam maxime exeruisset, ubi primum Regis optimi providentia ad Regni evellendos abusus seu per cives, seu per peregrinos invectos augustissimum illud consistorium indici placuit, in eum consessum sapientissimus Princeps te inter primos adlegit, ut ibi amplitudine tua non minus Principatui, quam civibus universis prodesse posses. Quapropter quod ejus amplissimi Senatus consultis primæva Majestatis jura*

quo-

quotidie firmentur magis, quod inde & Urbs Regni princeps, & Regni Neapolitani Provinciæ saluberrimas quotidie leges accipiant, quod inde denique libertatibus Neapolitanis dies lætiores illuxerint, id ego potissimum consiliis tuis factum existimarim. At vero quo me fessum rapit quinqueviratus tuus Siciliensis? Sane in amplissimo Siciliensi Consilio perinde, ac in ceteris beatissimi Regni tribunalibus, ejusmodi perpetuo fuit tuorum judiciorum æquitas, ut difficile definire fuerit, num augustissimo Principi, an ipsis Siculis tua opera fuerit acceptior. Sed qualem te in jure dicundo præstiteris, qualem etiam te quotidie præstes, inde potissimum constare crediderim, quod ultro tibi gratias litigatores agant, si, sententiam te dicente, causa ceciderint, ubi judiciorum tuorum æquitatem paulo maturius apud se perpenderint. Verum cum philosopho agens isthæc sciens ego prætereo: neque enim hic laudes tuas, sed rationes consilii mei in quærendo patrocinio tuo recensendas institui. Id unum ego te rogo, ut non solum orationes de privatorum controversiis habitas, & reliquas consultationes *tuas de jure publico scriptas, verum etiam res judicatas a te digestas quamprimum edas. Ita enim & in causis orandis patroni, & in judicando, censendo judices, quid tuto sequantur, habebunt. Vale, Vir Clarissime, meque, ut facis, tutari perge. Neapoli pridie kalend. Jul. ann.* 1771.

IN-

INDEX

TITULORUM, ET EXCURSUUM.

CA-

MARINI GUARANI

SYNTAGMA ROMANI JURIS AC PATRII

CONCINNATUM AUDITORIO SUO

SECUNDUM SERIEM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

LIBER TERTIUS.

CONSPECTUS

Novem priorum titulorum.

JAm ſupra prævertimus *libr.* 2. *tit.* 10. §. 1. ex quatuor per univerſitatem acquirendi modis celeberrimum, & fere unice uſum habentem hodie hereditatem eſſe, eamque vel ex teſtamento, vel ab inteſtato deferri poſſe. Cum vero heredis ex teſtamento cauſa ſit potior, neque ab inteſtato hereditas deferatur, ſi heres ex teſtamento adſit, recte quidem Tribonianus primum in ſuperiori libro diſſeruit, quo modo tandem ex defuncti judicio acquiratur hereditas. Quod igitur ſupereſt, de inteſtatorum hereditate videbimus, quæ *legitima* dicitur, quia ſine teſtata voluntate defuncti ab ipſa lege defertur: inde factum, ut heredes legitimi in jure paſſim teſtamentariis opponantur. Hereditatum vero legitimarum apud veteres diverſæ vices: de eis enim aliud cavere Decemviri, aliud edixit Prætor, aliud ſtatuere Prin-

cipes. Et in veteribus quidem legibus de inteſtatorum ſucceſſione abrogandis Prætoris exemplo, ſeu reverentia vetuſtatis, ſeu Civitatis commodo modeſtiores fuerunt Antejuſtinianei Principes: verum modum omnem egreſſus Juſtinianus veterum ea de re inſtituta una veluti litura delevit, & ignota majoribus fundamenta legitimæ ſucceſſionis excogitavit *novell.* 118. Cum igitur hodie tota juris ſucceſſorii ratio a prædicta Juſtiniani conſtitutione ſit haurienda, in veteri jure quidem enucleando prolixi non erimus. Maturare enim iſthæc oportet, ut ad jus noviſſimum *in d. novell.* ab Imperatore proditum, & ad Regni inſtituta lectorem expeditiorem habeam.

II. Jus autem vetus de inteſtatorum hereditatibus enarraturi primum omnium inteſtati notionem definiamus, oportet. Principio cum duo tantum ſucceſſionum genera in jure ſint prodita, teſtati, & inteſtati ſcilicet, inteſtati generatim omnes exiſtimari debent, quorum hereditas adita ex teſtamento non fuerit. Proinde inteſtatos recte dixeris non ſolum, qui nullo cum teſtamento deceſſerint, quorumve teſtamentum fuerit injuſtum, ſed eos etiam; quorum teſtamentum ruptum, irritumve fuerit, aut per ſe quidem non vitioſum ab herede ſit deſtitutum *princ. h. t.* Porro in inteſtatorum hereditatibus deferendis diverſam a ceteris fere Gentibus viam iniere Romani. Legi enim agrariæ cum ipſa Urbe prognatæ, & familiarum commodo inſervientes non iis quidem inteſtatorum hereditates deferri voluerunt, qui defuncto cariores eſſe crederentur, ſed primo ſuis heredibus, deinde agnatis, in agnatorum vero defectu gentilibus. Recte igitur Gothofredus totum

ſuc-

successorium Decemvirorum carmen ita effingit *in tab.5. Ast si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit, gentilis familiam nancitor.* Licet autem gentilitiæ quidem hereditates ab ipso Caii Jurisconsulti ævo jam exoleverint *coll. leg. Mosaic. & Rom. tit. 16.* §. 4. agnatorum vero, & suorum etiam heredum jura tantum non omnino peremerit Justinianus *novell.* 118. juvabit tamen ad memoriam vetustatis, & rectam antiqui juris intelligentiam ea sigillatim exequi.

III. Ex tribus igitur heredum legitimorum ordinibus primum vocari placuit suos heredes. Ejusmodi videbantur in potestate liberi primum obtinentes in familia gradum seu naturales, seu adoptivi, seu nati, seu postumi, modo, si vivo parente postumi nati fuissent, sub ejus potestate nati primum obtinuissent in familia locum §. 2. *de succ. quæ ab intest. def.* Sui etiam heredis locum nanciscebantur in viri familia mulieres, quæ nupsissent per conventionem in manum Gell. *noct. Att.* 18. 6. Sui autem heredes sunt appellati liberi, non quia, quod vulgo garriunt, ob commune cum parente vivo dominium sibimet heredes esse viderentur, sed quia successores veluti naturales essent. Hinc hodienum, parente mortuo, hereditatem sine aditione statim acquirunt, atque illud præ liberis emancipatis habent, ut ignorantes etiam parentis obitum ad ipsos heredes extraneos eam recta transmittant. Licet enim in eis, parente mortuo, non continuetur possessio; neque enim ea citra naturalem apprehensionem acquiritur *l.* 1. §. 3. *ff. de acqu. poss.* dominium tamen in ipsis continuatur §. 3. *inst. eod.*

IV. Jam vero licet ex tempore mortis de ſuitate ſit æſtimandum, fieri tamen quandoque poteſt, ut in ſtatuendo de ſuitate aliud ſpectari tempus oporteat. Id tamen non aliter uſuvenire poteſt, quam ſi deſtitutum ſit teſtamentum. Si enim alio modo inteſtati quis exitum patiatur, veluti quod injuſtum, ruptumve ſit teſtamentum, hereditatis delatæ tempus concurrit cum tempore mortis. Generatim igitur ex tempore mortis de ſuitate, quæque eam ſequitur, hereditatis delatione definietur: ſi cujus tamen teſtamentum deſtitutum dicatur, non ex mortis quidem, ſed ex deſtituti teſtamenti tempore de ſuitate pronunciandum erit. Quapropter in ea ſpecie fieri quandoque poteſt, ut deſtituti teſtamenti tempore ſuus evadat, qui tempore mortis ſuus haud fuerit. Ita quidem, ſi quis, exheredato filio extraneum inſtituerit, intra deliberationis mora exheredato obeunte, ac poſt ejus obitum repudiante hereditatem extraneo, nepos per exheredatum ſuſce ptus deſtituti teſtamenti tempore, tamquam ſuu heres ſuccedet avo, qui tempore mortis ei ſuus hau erat §. 7. *de ſucc. ab inteſt.* Ut id tamen obtineat primo oportet, ut filius exheredatus obeat interme dio tempore inter deſertum teſtamentum, & parenti obitum: alias, cum exheredatio ſuitatem haud pe rimat, ipſe filius ſuus heres parenti erit *l. 20. ff. d bon. poſſ. contr. tab.* deinde, ut nepos vivo avo con ceptus ſit ſaltem. Si enim conceptus fuerit poſ avi mortem, ſuus heres avo non erit, quia null jure cognationis eum attingit §. 8. *de ſucc. ab inteſ* Igitur, rigore juris inſpecto, ejuſmodi nepos n ut cognatus quidem ex Prætoris olim edicto a bonorum poſſeſſionem admittebatur. Proinde, cur in ea ſpecie nullum nepoti remedium eſſet in ju

re proditum, ei ad consequendam avi hereditatem Principali auxilio opus erat. Verum hodie, quod Struvio visum *in syntagm. jurisprud. exerc.* 38. 19. ejusmodi nepotem descendentium generali vocabulo ad successionem admittendum existimarim ex *novell.* 118.

V. Porro, cum in adoptionem dati, aut emancipati liberi post adoptionem, aut emancipationem in potestate parentum esse desinerent, jure Decemvirali quidem inter suos non vocabantur. Per fœminas quoque prognati liberi, cum nulla in eos potestate uteretur maternus parens, inter suos heredes avo materno non erant. Verum liberis quidem in adoptionem datis mire consuluit Justinianus *l.* 10. *C. de adopt.* emancipatis prospexit edicto Prætor, ut infra liquebit. At vero per ipsum Prætoris edictum ex masculis suscepti nepotes, cum avo inter suos heredes essent, nepotibus susceptis ex fœminis præferebantur. Quod si nullus inter suos heredes cum liberis concurreret prognatis ex fœminis, agnati licet ex transversa linea eis præferebantur. Injurium tamen utrumque visum Valentiniano, Theodosio, & Arcadio. Cautum ab eis igitur, ut si cum suis heredibus concurrerent ex fœminis suscepti liberi, tertia quidem parte minus acciperent, cum liberis tamen suis heredibus admitterentur; sin, deficientibus suis heredibus, cum agnatis concurrerent ex fœminis suscepti liberi, quadrante agnatis relicto, dodrans hereditatis prognatis ex fœminis addiceretur *l.* 4. *C. Theod. de leg. her.* Verum ne quadrantis deductione quidem in ea specie agnatos uti voluit Justinianus §. 15. *de hered. quæ ab int. def.* & hodie ex fœminis prognati liberi cum susceptis ex ma-

ſcrimen fecere Decemviri. Proinde per maſculos etiam prognatæ fœminæ agnatorum hereditates capere non vetabantur. Verum enimvero, cum lex Voconia ex alieno teſtamento mulieres ultra centum nummorum millia capere vetuiſſet, eaque lata, ne unicam quidem filiam heredem jus eſſet inſtitui, a legitimis quoque ſucceſſionibus neceſſario ſunt excluſæ fœminæ. Nam abſurdum fuiſſet, ab inteſtato ad ſucceſſionem eas admitti, quæ ne ex teſtamento quidem hereditatem nanciſci poſſent. Generatim enim favorabilior eſt teſtamenti cauſa, quam ab inteſtato ſucceſſio, ac facilius quis ad teſtamentariam, quam ad legitimam hereditatem admittitur. Poſt Voconiam rogationem igitur capiundi jure in mulieribus imminuto, ſororis germanæ quidem hereditas pertinebat ad fratrem, germani tamen hereditas ſorori non deferebatur. Ubi per opulentiam Civitatis Voconianæ rogationis acciſæ ſunt vires, rurſus ex aſſe quidem heredes mulieres ſcribi conceſſum; cum tamen lex Civitati ſaluberrima videretur, in legitima ſucceſſione ſaltem aliquatenus eam ſervari placuit. Ex Juriſconſultorum enim interpretatione ad legitimam agnatorum ſucceſſionem admiſſæ ſunt fœminæ, non ultra conſanguineas tamen, ut, quoad per mores fieri poſſet, Voconiæ legi vis ſtaret, & avita bona in ſuis familiis eſſe pergerent. Factum id Paulus ait *ratione Voconiana* 4. *ſent.* 8. 22. quia id invexere Juriſconſulti, ab exoleſcente lege Voconia argumento deſumpto. Neque enim novum in jure eſt, ut ab antiquatis legibus argumenta petantur: id ſane fecere Principes *in l. ult. C. Theod. de legit. her.* Verum fœminis Juſtinianus amicior in agnatorum hereditatibus eas æquo jure cum maſcu-

sculis censeri jussit §. 3. *de leg. agn. success.*

IX. In tertio ordine intestatorum hereditates gentilibus detulere Decemviri. Gentiles appellabantur, qui non familiam, sed gentem tantum communem haberent. Cum tamen a defuncto remotissimi plerumque gentiles essent, ab ipsis Caii Jurisconsulti temporibus eorum jura jam exoleverunt. Vide, quæ supra disserui *libr.* 1. *t.* 15. §. 5 Ceterum ex dictis hactenus constat, quod tandem fundamentum successionis Decemviralis fuerit. Scilicet sat, puto, liquet, Romanæ Urbis conditorem Romulum veritum, ne cuiquam dedecori foret inopia, certa cuique familiæ agri jugera tribuisse, eaque perpetuo penes possessores voluisse servari Dion. Halic. 2. 3. Non aliunde rationem ego reddendam existimarim, cur Decemvirali carmine in intestatorum successione suos primum heredes, deinde agnatos, tum gentiles denique præferri placuerit. Cum enim lex Romuli agraria vetuisset, ne in extraneos prædia transirent, prædictos tres heredum ordines constitui oportebat, ne alias cum legis fraude in alienas familias, aut gentes, ea transferrentur. Hinc per fœminas defuncto conjuncti, & generatim cognati omnes a legitimis hereditatibus arcebantur: nam alias in alienas familias bona facile perventura erant. Hinc etiam, nisi nupsisset mulier per conventionem in manum, inter eam & liberos jus mutuæ successionis haud erat, antequam Orficiano, & Tertylliano Senatusconsulto utrisque consultum. Tantum inter suos heredes interesse vetuere Decemviri: eos enim sine discrimine succedere voluerunt seu fœminæ, seu mares essent, ut supra vidimus. Licet enim mulier enupsisset extra familiam, semel tamen exclusis a ma-

tris

tris successione liberis, ad familiam, unde discesserant, parente mortua, bona redibant. Ita quidem ante Voconianam rogationem mulieres succedebant, si lex agraria impedimento non esset; sin secus, succedere vetabantur. Vid. Montesqu. *esprit des loix livr.* 27. Hæc si vera fuerint, a vero videtur abludere Bynkershoekius *observ.* 2. 1. successionem Decemviralem inniti putans in συνδεσποτείᾳ, seu communi dominio, quo cum defuncto uterentur non solum in potestate liberi, sed agnati etiam, ac gentiles. Licet enim rerum paternarum sui quidem heredes συνδέσποται crederentur, in eisque rerum hereditariarum continuari dominium recte pronunciarit Paulus 4. *sent.* 8. 6. fat tamen absurdum fuerit, gentilibus asserere commune dominium, qui, ut ejusdem gentis cum defuncto forent, nullo familiæ, aut agnationis jure cum eo devincti essent.

X. Quod autem de successionis Decemviralis fundamento diximus, mire confirmat etiam, quod de libertorum successione Decemviros cavisse novimus. Cum enim apud veteres liberti patronis agnati quodammodo viderentur Cujac. *observ.* 20. 34. & assumendo plerumque post libertatem patroni nomen in ejus familiam viderentur inserti; quemadmodum sine liberis ingenuo decedenti proximiores agnati legitimi heredes erant, ita, sine suis heredibus obeunte liberto, patronis, eorumve liberis ejus hereditatem deferri Decemviri voluerunt. Quemadmodum etiam inter agnatos nullus erat repræsentationi locus, ac remotior per proximiorem excludebatur, ita etiam inter patroni liberos proximum præferri placuit in hereditate liberti. Hinc si alteri patrono filius, alteri nepos superstes esset, nepo-

nepoti filius præferebatur *l. 3. §. 7. ff. de legit. tut.* Quemadmodum denique ejusdem gradus agnati defuncto succedebant in capita, ita & plures ejusdem patroni, & plurium patronorum liberi in capita admittebantur *l. 23. ff. de bon. lib.* Tantum si libertum patronus uni ex liberis assignasset, is ab hereditate liberti ceteros excludebat *princ. inst. de assign. libert.* Ceterum ut agnati ab ingenuo impune præteriri testamento poterant, ita libertus cum testamento decedens, licet sine liberis decessurus esset, testamento patronum excludere non vetabatur. Injurium tamen posteritati visum, libertum nullam patrono gratiam testamento rependere, cujus beneficio felicioribus auspiciis renatus esset in Civitate. Primum igitur cavit edicto Prætor, ut decedens libertus sine liberis naturalibus seu in potestate, seu emancipatis etiam semissem hereditatis patrono relinqueret §. 1. *inst. de success. libert.* Verum lege deinde Papia plenius patrono consultum. Siquidem ea cautum, ut, si non ultra duos filios superstites liberto forent, ac sestertium centum millia moriens reliquisset, virilis pars patrono deberetur; si non eo pertingeret liberti patrimonium, adversus ejus testamentum nil juris patrono competeret; nam pro sæculi opibus ejus summæ ratio habenda non videbatur §. 2. *eod.* Sed & hæc fere omnia immutavit Justinianus §. 3. *eod.* & in eis enucleandis vix ullius in foro usus prolixior esse nolim.

TITU-

T I T U L U S X.

De bonorum possessionibus.

BOnorum possessio alter est per universitatem acquirendi modus. In præsenti enim argumento bona sunt universitatis successio, qua non secus, ac per hereditatem, in universa defuncti jura succeditur: nam bonorum quidem vocabulo continentur omnia, quæ tempore mortis seu in corporibus, seu in actionibus cuiquam fuerint *l. 3. princ. ff. de bon. possess.* Cave igitur, ne rerum singularum detentionem hic per possessionem intelligas. Ea enim, auctore Ulpiano ibidem §. 2. non corporis, sed juris est, neque ipsam corporalem possessionem tribuit, sed jus potius persequendi, retinendive omnia, quæ cujusquam in bonis fuerint, quo tempore mortuus esse dicatur. Proinde, si accurate rationes ineas, bonorum isthæc possessio effectu juris ab hereditate non differt: ipsissima est enim hereditas, licet Prætoria potius, quam civilis. Hinc recte scribit Ulpianus *in l. 2. ff. eod.* in omnibus vice heredum bonorum possessores esse. Eis enim Prætor rerum hereditariarum nomine utiles actiones accommodando eo rem perduxit, ut vicem, & jus heredum consequerentur. Quapropter ab initio quidem tantum Prætorium, non vero civile dominium bonorum possessores adipiscebantur; verum accedens mox usucapio eis ipsum dominium Quiritarium tribuebat. Vide, quæ supra disserui *libr. 2. tit. 1. §. 9.*

II. Porro, ut planius isthæc intelligantur, repetendum memoria est, jus legitimarum hereditatum arctioribus limitibus conclusisse Decemviros: eas

eas enim, ut supra prævertimus, unis suis heredibus, agnatis, ac gentilibus deferri jusserunt. Cum igitur eo rigore juris exciderent successione complusculi, licet defuncto carissimi, veluti emancipati liberi, aut cognati conjuncti per fœminas, æquitatis obtentu id emendans edicto Prætor, eis jure civili neglectis obliquam viam ad successionem aperuit. Neglectis inquam; si quem enim ab hereditate jus civile nominatim arceret, in manifestaria prohibitione legis non poterat ei Prætor bonorum possessione succurrere *l.* 12. *ff. eod.* Cum vero Prætor juris civilis custos, non legislator esset, heredem aperte facere vetabatur: neque enim heres quis fieri potest, nisi lege, Senatusconsulto, aut constitutione Principum *princ. h. t.* Proinde, ne propalam leges videretur evertere, successores suos heredes non appellavit, eisque aperte hereditatem haud detulit; quod proximum in ea re tamen erat, novorum verborum fictione jus civile ludificatus, eis bonorum possessionem patere jussit, quæ sub diverso quidem vocabulo idem cum hereditate emolumentum afferret. Solemne enim Prætori fuit, juris civilis asperitatem, novis vocabulis excogitatis, eludere, ut adverti alias *libr.* 1. *tit.* 2. §. 18. Enimvero bonorum possessione a Prætore decreta, si Consul intercessisset, Prætoria jurisdictio abrogabatur. Ita cum Genucius quidam Matris Magnæ Gallus ab Oreste Prætore bonorum possessionem obtinuisset, Mamercus Consul Prætoris decretum ratum haberi vetuit, quod Genucius, amputatis genitalibus, nec vir, nec fœmina videretur Valer. Max. 7. 7. *6.* Verum, Hadriani jussu edicto perpetuo concinnato, Prætoris ea de re jurisdictio certiorem juris auctoritatem obtinuit.

III. Ex

III. Ex dictis hactenus bonorum possessionem haud inconcinne definieris *hereditatem ex Prætoris edicto delatam iis, qui alias succedere subtilitate juris haud possent*. Neque tamen bonorum possessiones omnes ex Prætoris edicto descendunt: quædam enim ipsis legibus, Senatusve consultis, quædam Principum constitutionibus sunt inventæ §. 3. *inst. h. t.* Quæ ex Prætoria jurisdictione manarunt, *ordinariæ*, quæ aliunde sunt introductæ, *extraordinariæ* sunt appellatæ. Conf. Cujac. *observ.* 11. 14. Ceterum ab initio quidem iis tantum bonorum possessionem promisisse videtur edicto Prætor, quibus juris rigor impedimento esset, quominus ad hereditatem admitterentur, veluti si familiæ mancipatio, aut nuncupatio heredis omissa in testamento foret. Verum tractu temporis eis quoque bonorum possessionem Prætor polliceri cœpit edicto, qui ex jure civili etiam consequi hereditatem adeundo possent. Id autem perlubenter amplexus est Populus: tutiorem enim sibi possessionem credebant heredes, si auctore Prætore possiderent. Cum enim Prætor jurisdictioni præesset, præsto eis erat Prætoris auxilium, si quam in possessione retinenda, adipiscenda, recuperanda, controversiam paterentur. Eo accedebat, quod compluscula remedia bonorum possessori prodita edicto forent, quæ ipsis heredibus denegabantur. Ejusmodi quorum bonorum interdictum erat: eo enim tantum bonorum possessor, non æque heres experiri poterat *l. un. ff. quor. bon.*

IV. Porro bonorum possessionis non idem semper effectus: aliquando enim *cum re* dabatur, si, qui eam obtinuisset, retineret cum effectu bona, eique alius evincere non posset hereditatem: aliquan-

quando *sine re* dari dicebatur, si alius in hereditate jure civili præferri juberetur. Ita quidem, si cui sit suus heres, decreta alteri bonorum possessio sine re erit, & exitu inutilis, ubi suus heres jure civili hereditatem evicerit Ulpian. *fragm.* 28. 13. Quicumque autem effectus bonorum possessionis foret, pro diverso ejus obtinendæ ritu aut *edictalis*, aut *decretalis* erat: edictalis, tamquam in edicto proposita, sine causæ cognitione dabatur; decretalis, tamquam ex jure controverso, causæ cognitionem, ac decretum desiderabat. Hinc decretalis bonorum possessio in jure ei solet opponi, quæ de plano petitur, in eaque non dies utiles generatim omnes, sed sessionum tantum numerari scribit Ulpianus *l.* 2. §. 1. *ff. quis ord. in bon. possess. servet.* Ejusmodi sua natura erat Carboniana, & generatim omnes extraordinariæ bonorum possessiones *l.* 14. §. *ult. ff. de bon. possess. contr. tab.* Cuicuimodi bonorum possessio foret, ea vel *ex testamento*, vel *ab intestato* dabatur. Quæ dabatur ex testamento, siquidem scriptum testamentum esset, vel *contra tabulas*, vel *secundum tabulas* dari dicebatur: sin propalam nuncupatus heres, vel *contra nuncupationem*, vel *secundum nuncupationem* bonorum possessio competebat. Æquissimum Prætori visum, primo contra tabulas bonorum possessionem edicto promittere *l.* 2. *princ. ff. de bon. poss. sec. tab.* Ea enim dabatur liberis emancipatis, ad quos, subtilitate juris inspecta, hereditas pertinere non poterat Ulpian. *fragm.* 28. 3. Ceterum ne emancipatorum conditio melior esse videretur præ eis, qui in potestate mansissent, emancipatos non aliter admisit edicto Prætor, quam si fratribus in potestate retentis cavissent, bona se collaturos,

turos, quæ patre moriente habuerunt, ut ibidem ab Ulpiano proditum §. 4. *Patre moriente* inquam: quæ enim, eo jam mortuo, quæsivissent, conferri non oportebat, cum patri quæsita non essent, licet tempore mortis emancipati in potestate mansissent *l.* 13. *C. de collat.* Quod si cum suis emancipatus concurreret, ex quo nepotes in potestate essent, ex parte, quæ ad emancipatum pertinuisset, dimidium emancipato; dimidium nepotibus addicebatur, quibus tantum in ea specie bona sua conferebat emancipatus *l.* 1. *princ. ff. de conjung. cum emanc. lib.* Secundum tabulas bonorum possessio dari dicebatur iis, quibus scriptis quidem heredibus subtilitas juris impedimento foret, quominus hereditatem adirent. Ut enim bonorum possessionem ex testamento Prætor adjudicaret, nil ultra in eo requirebat, quam ut septem civium signis forent obsignatæ tabulæ Ulp. *fragm.* 2. 8. 6.

V. Quod ad bonorum possessionem ab intestato, in ea deferenda liberalius egit edicto Prætor. Cum enim legitimæ successionis limites angustiores essent, eamque Decemviri intra tres heredum ordines coercuissent, Prætor juris civilis partim exequendi, partim explicandi, partim etiam emendandi gratia per octo gradus bonorum ab intestato possessionem edicto dedit §. 1. *inst. h. t.* Primus gradus a verbis initialibus, ut ceteri ferme omnes, dictus est *unde liberi*. Eum quidem proposuit edicto Prætor liberorum emancipatorum gratia, eumdem tamen etiam in potestate liberis, tamquam juris civilis custos, accommodavit *l.* 1. *ff. und. liber.* Prætor igitur, liberis sine suorum heredum additamento vocatis, liberorum omnium seu in potesta-

ſtate, ſeu emancipatorum etiam conditionem æquavit. In ſecundo gradu legitimos vocavit Prætor edicto *unde legitimi*. *Legitimos*, quam agnatos dicere maluit, ut ea edicti parte non tantum agnatos, qui Decemvirali carmine juvabantur, ſed generatim omnes admitteret, queis nova lex aliqua, vel Senatuſconſultum deferret hereditatem *l*. 3.*ff.und.legit*. Inter legitimos tamquam jure patronatus admittendus videbatur & manumiſſor extraneus in hereditate ejus, quem parens emancipaſſet, fiducia non interpoſita: verum naturalem æquitatem ſequutus edicto Prætor extraneo manumiſſori decem perſonas defuncto conjunctiores præferri juſſit. Ita in ſucceſſione Prætoria tertius excogitatus eſt gradus *unde decem perſonæ* dictus. Hæ decem perſonæ erant pater, mater, avus, avia, filius, filia, nepos, neptis, frater, ſoror, ſeu conſanguinei, ſeu uterini *d*. §. 1. *h*. *t*. Quartus gradus cognatorum erat; proinde a verbis initialibus etiam *unde cognati* dictus: naturali æquitate eos etiam ad bonorum poſſeſſionem admiſit edicto Prætor, licet a Decemviris omnino negle&ti forent *l*.1.*ff.und.cogn*. Quinto gradu vocati patronorum agnati edicto *tum quem ex familia*. Sexto patronus etiam, ejuſve liberi, aut parentes. Licet enim patronis, ejuſve liberis edicto *unde legitimi* conſultum eſſet, utile tamen Prætori viſum ſexto etiam loco eos admittere, ſi negligentia ſua intra præſtitutum tempus ex ſecunda edicti parte Prætoris beneficio uſi non eſſent. Vide Schulting. ad Ulpian.*fragm*.28. *n*. 4. Septimo loco conjuges ad mutuam bonorum poſſeſſionem admittebantur edicto *unde vir*, & *uxor*. Denique edicto *unde cognati manumiſſoris* cognati patronorum etiam vocabantur, neque ultra

Prætoris beneficium porrigebatur *d.* §. 1. *h. t.* Ex his gradibus si nemo peteret, olim quidem bona tamquam vacantia in ærarium, mox firmato Principatu in fiscum inferebantur Ulpian. *fragm.* 17. 2. Ceterum ad Justinianum usque edicti successorii magnus usus: ejusdem tamen vix ullus hodie. Certe post novellam 118. solus gradus *unde vir & uxor* necessarius existimari debet. Ceteris enim gradibus ab ipso Justiniano consultum, neque eis auxilio Prætoris opus. Recte tamen advertit Strykius *in jur. mod. pand. h. t.* §. 3. hodie etiam bonorum possessionem præ hereditatis petitione commodiorem aliquando esse. Ita quidem cum querela inofficiosi, adita tandem ab herede scripto hereditate, possit institui, bonorum possessionem liberi postulare non prohibentur, licet heres scriptus hereditatem nondum adierit *l.* 4. *&* 19. *ff. de bon. possess. contr. tab.*

VI. Bonorum autem possessionis vetus postulatio solemnis erat, adeoque conceptis verbis, ac formulis in Urbe quidem apud Prætorem, in Provinciis apud Præsidem eam peti oportebat *l.* 2. §. 1. *ff. quis ord. in bon. poss.* Verum Constantinus, sublatis verborum captiosis ambagibus, ac Prætoris, aut Præsidis adeundi necessitate remissa, coram quocumque Magistratu licet municipali bonorum possessionem postulari concessit *l. ult. C. qui admitt. ad bon. possess.* Cum vero, ut vidimus, plures gradus heredum Prætoriorum essent, ac plerumque fieret, ut, quopiam obeunte, plures in diversis gradibus successores forent, quorum alios aliis præferri oporteret, ne creditorum actiones longiuscule differrentur, certum tempus cuique gradui præstituit edicto Prætor. Eo elapso igitur, si in superiori gradu

gradu vocati non postulassent, aliis inferioris gradus copiam postulandi fecit. Et parentibus quidem, ac liberis annum, ceteris vero gradibus centum dies utiles præfiniri placuit Ulpian. *fragm.* 28. 10. Cum vero tempus in jure aliud continuum dicatur, in quo dies omnes nullis exceptis computantur, aliud utile, in quo ii tantum numerantur dies, quibus facultas est sui juris experiundi, in bonorum possessione petenda tantum dies utiles computari debent §. *6. inst. h. t.* In eo negotio igitur non solum dies non numerantur, quibus quis nescivit, bonorum possessionem sibi delatam esse, sed ne illi quidem, quibus Prætor copiam sui non facit *l.* 2. *princ. quis ord. in bonor. poss.* Prætor vero copiam sui facit, vel pro tribunali, vel extra tribunal, quo casu *de plano* jus reddere dicitur. Inter tribunal igitur & planum interest, ut alias inter libellum, & cognitionem, seu decretum. Nam de plano postulans Magistratum per libellum adibat, eique Magistratus per subscriptionem respondebat *l.* 15. *ff. de in jus vocand.* Quibus diebus sedens pro Tribunali Prætor decretis, & cognitionibus occupabatur, dies sessionum appellabantur *l.* 2. §. 1. *ff. quis ord. in bon. possess.* Cum vero decretales bonorum possessiones decretum, & causæ cognitionem requirerent, eæ pro tribunali tantum expediri poterant. Cave igitur, promiscue accipias, *de plano* cognoscere, & *summatim* cognoscere. Summatim enim cognoscens Prætor pro tribunali bonorum possessionem ex edicto Carboniano dabat *l.* 3. §. 8. *ff. h. t.* Vid. Noodt. *de jurisd.* 1. 10.

AD TITULUM XI. XII. & XIII.

De reliquis per universitatem acquirendi modis.

JAm supra prævertimus *libr.* 2. *tit.* 10. §. 1. ex complusculis receptis olim per universitatem acquirendi modis solam fere hereditatem usum unice habere hodie. Si quem enim bonorum quoque possessio præstat usum, ea, ut superiori rubrica monuimus, effectu juris ab hereditate non distat. Cum tamen in ipso juris Justinianei syntagmate alii quoque supersint per universitatem acquirendi modi, eos veluti per saturam juvabit hic sistere. Tertius igitur per universitatem acquirendi modus sub ipso Justiniano *adrogatio* fuit. Quid autem sit adrogatio, quo ritu expediretur olim, latius edisserui supra *lib.* 1. *tit.* 11. Ibidem quoque monuimus, omnia, quæcumque essent in adrogati bonis, ad adrogatorem jure patrio pertinuisse. Cum enim adrogatus filiusfamilias adrogatori fieret, omnia, quæ ejus forent, aut quæsiturus esset, tacite sequebantur adrogatorem *l.* 15. *ff. de adopt.* Cum tamen adrogatus capite minui videretur, adrogatori non quærebantur ea, quæ capitis minutione perirent. Ejusmodi quidem erant operarum officialium obligationes, agnatio, & jus legitimarum hereditatum inde promanans, usus etiam, & ususfructus *l.* 7. *ff. de cap. min.* & Paul. 3. *sent.* 6. 28. Verum hæc fere omnia immutavit Justinianus. Primo enim per minimam capitis minutionem ea, quæ recensuimus, adrogato perire vetuit *l. pen. C. de usufr.* Deinde bonorum, quæ adrogationis tempore adrogato forent, usumfructum tantum acquiri jussit adrogatori. Mortuo quidem

dem adrogato, eorum quoque dominium adrogatori addixit, modo tamen non concurrerent cum adrogatore personæ, quæ patri præferri jubentur *l. ult. C. comm. de success.* Ceterum cum jure veteri omnia adrogati bona adrogator acquireret, nec post adrogationem superesset adrogato quicquam, frustra creditores adversus adrogatum actiones instituebant. Nam, subtilitate juris inspecta, ne de peculio quidem adrogati adversus adrogatorem agi posse videbatur. Tempore enim contractus initi sui juris adrogatus erat, neque in libero patrefamilias peculium locum habere poterat. Ita fiebat igitur, ut adversus adrogatum exitu inutiles actiones forent, cum ei nil esset, quo solvi judicatum posset. Verum iniquum Prætori visum impune creditoribus per adrogationes illudi. Consultissime igitur edicto cavit, ut adrogator adrogati nomine conveniri posset: si eum defendere nollet adrogator, creditoribus permitti jussit possessionem bonorum, quæ ante adrogationem adrogato fuissent. Ea in re Justinianus a Prætoris edicto recedi vetuit. Hodie igitur, nisi adrogatum conventum a creditoribus adrogator defendat, pati quidem is debet, ut creditores adrogati bona possideant, quorum usufructus adrogatori competeteret §. 3. *inst. de acquis. per adrog.* De ejusmodi autem possessionis effectu vid. *tit. ff. de reb. auct. jud. poss.*

II. Jure quoque novissimo *bonorum addictio libertatum servandarum gratia* quartus est per universitatem acquirendi modus. Licet enim is, cui libertatum causa bona fuerint addicta, neque heres sit, neque bonorum possessor, cum tamen in defuncti locum & ipse succedat, a bonorum

 pos-

possessore propius abest *l.4.ff.de fideic. libert.* Hanc autem bonorum addictionem sub Divo Marco ita exortam comperio. Usu sæpius veniebat olim, ut testamenta desererentur eorum, quorum suspecta foret hereditas ob periculum æris alieni in ea fortasse latitantis. Deserto autem testamento, primo corruebant libertates testamento datæ: deinde, urgentibus creditoribus, testatoris bona publice sectores auctionabantur, unde infamia quædam redire videbatur in defuncti memoriam. Ne igitur quid tale fieret, Divus Marcus rescripto suo defuncti bona servo cuipiam testamento manumisso addici jussit ea cum lege tamen, ut non solum servi omnes manumitterentur testamento manumitti jussi, sed creditoribus quoque caveretur de solido cuique solvendo. Tantus autem apud eum fuit libertatis favor, ut, deficiente, qui postularet bonorum addictionem, fiscum admitti noluerit, nisi & ipse libertates præstaret. Ipsum Marci rescriptum prostat *in §. 1. inst. de eo, cui libert. caus. bon. add.* Hinc tamen pro more suo Justinianus asymbolus abire noluit *l. ult.C.de test.manum.* Ibi enim primo jus postulandæ bonorum addictionis annuum esse cavit: deinde si plures simul satisdato postularent, iis bona simul addici jussit: tertio ejus, qui plus se præstiturum satisdaret, potissimum jus esse voluit: denique, qui plus, quam alter, cui bona jam forent addicta, intra annum offerret, altero libertatem retinente, bona solum obtinere sanxit.

III. Universalis etiam acquisitio ad Justinianum usque ex Senatusconsulto Claudiano fuit *liberæ mulieris addictio in servitutem*. Eo enim ex Tacito *ann. 12. 53.* cautum fuisse novimus, ut libera

bera mulier alieni servi furens amore si post tertiam domini denunciationem in servili contubernio esse pergeret, adjudicatione Prætoris cum omnibus fortunis suis, tamquam ancilla, domino addiceretur, cujus servo succubuisset. Æquum tantum est visum, ne eam pœnam subiret filiafamilias, invito, vel ignorante patre, alieno servo se jungens, ne ejus facto pejor conditio parentis fieret Paul. *recept. sent.* 2. 21. 9. Verum sat imprudenter Justinianus hanc pœnam sustulit, tamquam temporibus suis indignam *l.un.C.de Senatusc.Claud. toll.* Eo enim facto, mulieribus ad impudicas conjunctiones viam faciliorem munivit.

IV. Inter alios per universitatem acquirendi modos celeberrimi etiam apud veteres fuit usus *bonorum obærati venditio*. Si quis enim solvendo non esset, ex Prætoris edicto possessio bonorum ejus creditoribus dabatur: mox ejusdem Prætoris jussu magister creabatur distrahendis bonis. Addictis autem emptori bonis, is, veluti successor universalis, in solidum creditoribus satisfacere cogebatur, vel quatenus cum illis ex dictis in auctione legibus conventum esset. Creditores enim, libello venditionis proposito, ut emptores facilius invenirent, publice significabant, quantam pretii partem remittere parati forent. Ita in bonis vendundis hanc legem apud Theophilum creditores dicunt *libr.* 3. *paraphr. tit.* 13. *emptor creditoribus in dimidiam debitorum partem respondere debet*. Qui ejusmodi bona coemerent, *sectores* appellabantur, quia, ut scribit Asconius Pædianus ad 3. *in Verr. spem lucri sui sequuti bona simul auctionabantur*: ipsa vero auctio *sectio* dicebatur. De præsenti autem sectione ipsi Decemviri cavisse videntur. Ita

enim eos statuisse novimus de debitore, qui solvendo non esset ex Gell. *noct. Att.* 20. 1. *tertiis nundinis partes secanto; si plus, minusve secuerint, se fraude esto*. Prisci quidem auctores, & recentiores plerique omnes Decemvirale carmen ita interpretandum existimarunt, quasi potestatem creditoribus Decemviri fecerint, obærati corpus revera in partes secare, sibique membrum viritim tollere; mox tantam immanitatem perosos posteros Decemvirale supplicium immutasse, atque in antiqui juris reverentiam, prisco retento vocabulo, infamiæ pœnam ex auctione manantem in pœnam capitis subrogasse. A tanta crudelitate Decemviros vindicare primum aggressi sunt Desiderius Heraldus *de auct. rer. jud.* 2. 25. & Ann. Robertus *rer. jud.* 2. 6. melioribus tamen auspiciis id videtur egisse Bynkershoekius *observ.* 1. 1. Utcumque id erit, pridem ante Justinianum universalis isthæc in obærati bona successio exolevit. Hodie enim obærati bona jussu judicis possessa, prout commodius expedire videbitur, distrahuntur §. *un. inst. de success. subl. quæ fieb. per bon. vend.* & jure novissimo missio fieri vetatur in universa debitoris bona, sed tantum pro quantitate debiti ea permittitur *novell.* 53. *c.* 4. §. 1.

Excursus I.

De successione ab intestato ex jure novissimo, ac præsertim ex novella 118.

Recte pronunciasse videntur rerum civilium periti viri, leges, quæ ad supremum potentiæ culmen Respublicas plerumque perduxerint, immuta-

mutari oportere, ubi, ad quam contendebant, magnitudinem eæ pervenerint. Accurate enim bonæ sua sponte leges ab iis secerni debent, quæ ad certum conducunt Reipublicæ regimen. Sane non semel factum novimus, ut quarum legum observantia rerum sint potitæ Respublicæ, ac domi forisque præclare steterint, partam semel potentiam iisdem in suo statu tueri nequiverint Montesqu. *grandeur, & decadence des Romains chap. 9.* Sane veteres Romæ leges ad magnitudinem perducendo Romanos opportunissimæ visæ; ubi tamen excrevit Romana potentia, quotidianas vices necessario subierunt, quas moles adolescentis Imperii flagitaret. Et jus quidem publicum ad res præsentes accommodare, ac veluti pro re nata fingere, Senatus erat, aut populi: in jure vero privato supplendo, molliendo, emendando potissimum versabatur edicto Prætor. Cum igitur fundamentum Decemviralis successionis Civitatis opulentiæ convenire non videretur, & aliunde caritati sanguinis veteris juris rigor videretur infestior, sub ipsa libera Republica varie Prætor jus vetus mollivit, &, quatenus per leges licuit, injuriam sanguini fieri vetuit. Verum Justinianus in re successoria modum omnem egressus nullum fere vestigium juris veteris superesse jussit. Scopo enim Decemvirorum aperte neglecto, ac parum sollicitus de servandis in familia bonis, juris successorii fundamentum plane diversum excogitavit simplicius illud quidem, & non minus Prætoris edicto, quam naturali æquitati conformius. Post varias enim in ea re vices, lata tandem *novell.* 118. eos in hereditatibus intestatorum præferri voluit, quos defunctus cariores habuisse præsumi posset. Cum igitur ipsa Natura duce

duce pridem Philosophi docuissent, carissimos omnium cuique liberos, post eos proximos in caritate parentes, utrisque vero deficientibus, cognatos e latere mortalibus cariores esse, tres heredum ab intestato ordines ibi constituit. Legitimas igitur intestatorum hereditates primum ad liberos descendere jussit; deinde ad parentes ascendere: si neutris successio deferri posset, ad cognatos ex latere intestatorum bona redire voluit. Sit igitur

CAPUT I.

De successione liberorum.

PRincipio cum lex quædam Naturæ tacita, & commune parentum votum liberis videatur addicere parentum hereditatem, in eorum successione liberos præferri jussit Justinianus seu in potestate quidem, seu emancipatos, seu primi, seu ulterioris gradus, seu per masculos, seu per fœminas quoque susceptos *novell.* 118. *c.* 1. Primo igitur ex ea novella hodie liberis in potestate positis suitas vix quidquam prodest; cum suis enim æque admittuntur emancipati. Quapropter nullus hodie edicto locus de conjungendis cum emancipato ejus liberis in potestate retentis: nepotes enim in potestate retenti cum emancipato parente hodie partem haud faciunt in avi hereditate, quod olim edixit Prætor *l.* 1. *ff. de conjung. cum emancip. liber.* Nam, ut recte vidit Gudelinus *de jur. noviss.* 2. 3. emancipatus parens hodie præferendus est liberis in potestate retentis perinde, ac si tempore mortis in potestate mansisset emancipatus.

Dein-

Deinde, cum ibi Justinianus emancipatos cum suis heredibus sine discrimine admitti jusserit, emancipati, ut parentibus succedant hodie, non egent Prætoris auxilio, neque ego video, cur secus pronunciarit Cujacius ad *dict. novell.* 118. Id potius ex jure novissimo inter liberos in potestate positos, & emancipatos interest, quod liberi quidem in potestate ad quoscumque heredes sine aditione transmittunt hereditatem; emancipati vero, & ex fœminis prognati liberi ad heredes extraneos hereditatem transmittere sine aditione nequeunt, ut recte pronunciatum a Viglio ad §. 5. *inst. de exher. lib.* Denique ita præferuntur hodie seu in potestate, seu emancipati liberi, ut ipsis parentibus potiores habeantur in bonis, quæ patri ex constitutionibus non acquiruntur. Paucis tantum in speciebus cum liberis adhuc parens admittitur. Ita quidem hodie civilis pars usufructus parenti defertur in bonis, quæ ad filios emancipatos ex hereditate materna pervenerint *l.* 3. *C. de bon. matern.* & conjux inops una cum filiis pro eorum diverso numero in quartam, aut virilem locupleti viro succedit *novell.* 117. *c.* 5. Parens etiam concubina cum naturalibus a se prognatis in sextantem admittitur in concubini bonis.

II. Rursus ibidem liberos exæquavit Justinianus ratione sexus, & gradus. Hodie igitur admittuntur non solum filii filiæque, sed nepotes etiam, & neptes, pronepotes, & proneptes, ac deinceps alii sine sexus discrimine, seu per masculos, seu per fœminas susceptí fuerint. At vero gradus quidem cujuscumque liberi succedent, modo in eadem linea non extent alii testatori proximiores. Cum enim ratione proximitatis hodie deferantur hereditates,

tates, fi filius præcedat, ex eo nepos excluditur. Id ipfum obtinebit tamen in ejufdem lineæ defcendentibus. Nam fi diverfæ fint lineæ liberi, veluti fi ex duobus filiis præmortuis alteri quidem nepos, alteri pronepos fuperftes fuerit, aut deinceps alius, a nepote pronepos non excludetur. Remoto enim propinquiori, remotior ex eo genitus occupat defuncti locum : is vero per fubingreffionem in parentis locum eumdem nancifcitur cum proximiori gradum. Ea vero fucceffio in defuncti locum, quoniam mortuum parentem veluti præfentem fiftit, non inconcinno vocabulo *repræfentatio* a doctoribus dici folet. Ex repræfentationis fictione manat, ut pronepos, aut abnepos, aut remotior deinceps alius, avum, aut proavum repræfentando ab ipfo filio primi gradus non excludatur. Verum enimvero, cum jure repræfentationis admiffi liberi jure veluti tranfmiffionis fuccedant, in eam portionem admitti debent, quam ipforum parentes, fi fupereffent, habituri forent. In ftirpes igitur, non in capita fuccedere eos oportet *d. novell.* 118. *c.* 1. *In capita* fuccedi dicitur, ubi fecundum heredum numerum hereditas viritim dividitur; *in ftirpes* vero, cum fubeuntes proximioris defuncti locum ejus dumtaxat portionem accipiunt. Ita quidem, fi cui fuperfint ex liberis primus, & fecundus, ex tertio præmortuo nepotes quatuor, primus, ac fecundus fuccedent in capita, ac finguli trientem ferent; quatuor vero nepotes ex tertio ultra trientem non obtinebunt, quia tantundem ad parentem pertinuiffet. Ejufmodi vero trientem viritim nepotes inter fe divident, ut generatim alias, ubi in fingulis ftirpibus, qui concurrunt, ejufdem funt gradus *authent. in.*

fuc-

successione . *C. de suis* , & *legitim.*

III. Quod ad injustos liberos, ii vel naturales sunt, seu ex concubina suscepti, vel spurii, seu ex meretrice prognati, vel incesti, & adulterini denique, qui ex damnato coitu nati dicuntur. Quod ad naturales, cum eis benignius jus agi jubet. Nam matri quidem licet illustri, ac ceteris per lineam maternam parentibus etiam cum justis liberis æque succedunt *l.* 5. *C. ad Senatusc. Orfit.* De patris hereditate idem admitti non placuit. Nam siquidem justi liberi, aut uxor ei supersint, alimenta tantum naturales petere poterunt *novell.* 89. *c.* 12. Quod si nec uxor, nec justi liberi superstites parenti fuerint, sextans tantum hereditatis naturalibus addicetur cum concubina dividendus in capita *d. novell.* 89. *c.* 4. Id ipsum tamen ad liberos primi gradus doctores coercent arg. *l.* 12. *C. de natur. lib.* Nepos igitur naturalis ne sextantem quidem ex avi paterni hereditate vindicare poterit. Atque ita jus erit quidem, si concubinus sine testamento decedat. Nam si cum testamento decesserit, eique legitima soboles superstes haud fuerit, naturales liberos ex asse instituere non prohibetur. Quod enim jubet Justinianus *d. novell.* 89. *c.* 12. ultra unciam naturalibus legari non posse, id quidem obtinet, si justi liberi concubino fuerint. Rursus, si testamento condito a concubino præteriti naturales fuerint, pro sextante, aut uncia consequenda querelam instituere nequeunt, idque hodie magis admiserim, postquam concubinatus legitima conjunctio esse desiit, quemadmodum Sacrum Consilium pronunciasse refert de Franch. *decis.* 720. Quod ad spurios, & vulgo conceptos, cum præsumptione juris patrem incertum habeant, quamvis de eo for-

fortasse constet, a patris hereditate omnino arceantur; matri vero, ceterisque parentibus per maternam lineam cum ipsis justis liberis æque succedunt : quod si illustris sit mater, a justis liberis excluduntur *l.* 5. *C. de natur. lib.* Verum enimvero ex damnato coitu suscepti liberi non solum ab intestato, sed ne ex testamento quidem admittuntur. Quin, ut cum sobole nefariorum amplexuum memoria extingueretur, eos ne alimenta quidem a parentibus obtinere voluit Justinianus *d. novell.*89. *c.* 15. Cum tamen paterni sceleris sint expertes liberi, hodie ex æquitate juris Pontificii in foro recepta ejusmodi liberis alimenta decerni solent. Vide, quæ supra differui *libr.* 1. *in excurs. de alim.* §. 2. Legitimatos, & adoptivos hic sciens prætereo: quid enim in utrisque sit juris, supra præcepi *libr.* 1. *in excurs. de concub.* §. 10. & sub *tit. de adopt.* Illud prope exciderat, matrimonium *putativum*, quod vocant, & per errorem bona fide contractum ab iis, inter quos non sunt justæ nuptiæ, impedimento non esse, quominus inde susceptis liberis parentum deferatur hereditas Struvius *syntagm. jurispr. exerc.* 38. 24.

CAPUT II.

De successione parentum.

Licet ex communi parentum voto a parentibus nil minus optetur, quam liberorum hereditas, si tamen turbato mortalitatis ordine præcoci fato liberi prærepti fuerint, ipsa naturalis caritas luctuosam eorum hereditatem parentibus videtur adjudice-

dicere. Hinc, descendentibus non extantibus, liberorum hereditates ad ascendentes devolvi jussit Justinianus *d. novell.* 118. *c.* 2. Quemadmodum vero Imperator priori prædictæ novellæ capite parentum hereditatem liberis deferri jussit sine discrimine, mares essent, an fœminæ, in potestate, an extra sacra paterna constituti, ita modo haud absimili liberorum hereditates parentibus deferri voluit, seu mares essent, seu fœminæ, seu sui juris, seu tempore mortis in parentum potestate forent. Liberorum exemplo quoque sine gradus discrimine parentes admitti jussit. Verum in ea re quidem liberos inter, & parentes interest. Nam si diversarum stirpium sint defuncto liberi, in altera stirpe proximiores in altera remotiores haud excludent. Verum proximitas gradus potior est in parentibus: parens enim in alterutra linea proximior remotiorem prorsus excludit. Inde fit, ut mater avum paternum excludat, & contra pater avo materno præferatur *d. novell.* 118. *c.* 2. Id autem obtinebit, unde unde in liberos profecta sint bona. Neque enim in jure Romano in hereditatibus deferendis bonorum origo spectatur. Bona enim semel a quopiam acquisita ejus patrimonium censentur sine discrimine, paterna sint, an materna Struvius *syntagm. jurispr. exerc.* 38. 28. Ceterum inter patrem quidem, & matrem liberorum hereditas dividetur *in capita*; inter superiores vero parentes dividetur *in lineas*. Id eo pertinet, ut semissem unum ascendentes per maternam lineam, alterum ascendentes per paternam ferant, licet in alterutra linea major sit parentum numerus. Ita quidem, si superstites defuncto fuerint avus maternus, & avus & avia paterna, solus avus mater-

ternus semissem obtinebit, alter semis avo, & aviæ paternæ addicetur *d. novell.* 118. *c.* 2.

II. Cum vero novæ suæ successionis fundamentum ex affectu defuncti desumpserit Imperator, ac germanos fratres æquo cum parentibus affectu mortales prosequi vulgo soleant, cum parentibus fratres etiam & sorores utrimque defuncto conjunctos admitti jussit *d. novell.* 118. *c.* 2. Cumque alias fratrum, ac sororum liberos cum fratribus, ac sororibus superstitibus jure repræsentationis admitti jussisset Imperator, cum parentibus admitti mox voluit præmortuorum etiam germanorum liberos, etiamsi, germanis fato functis, uni fratrum filii superessent *novell.* 127. *c.* 1. quicquid contra Cujacius moliatur ad *d. novell.* 118. Si tamen sorores, ac fratres utrimque conjuncti una cum parentibus defuncto successerint, germani, germanæve pleno jure acquirunt portionem sibi delatam, in eamque usufructus parenti non competit, cujus in potestate fuerint delationis tempore *d. novell.* 118. *c.* 2. Ita igitur fieri potest, ut patris conditio deterior per ejusmodi successionem fiat. Si enim superstites defuncto fuerint sex fratres, ac parentes duo, pater octavam tantum plenæ proprietatis habebit, qui vivo filio toto usufructu solus potiebatur. Verum enimvero post Jacobum Belvisium perperam docuere complusculi, in ea re quidem germanorum, germanarumve meliorem conditionem esse; cum eis enim parentes primi gradus tantum admitti, neutiquam vero superiores. Nam id quidem & veteri parentum juri adversatur, & nusquam ab Justiniano cautum. Quin diserte contrarium cavisse videtur Imperator ipse, ubi germanos cum parentibus *gradu*

pro-

proximioribus μετα των εγγυτερων τῳ βαθμῳ admitti jussit *d. novell.* 118. *c.* 2. Illud tamen addubitari queat, quomodo dividi hereditatem oporteat, quoties cum germanis concurrunt diversarum linearum parentes, si in alterutra linea plures parentes fuerint. Haud pauci ea in specie rem ita transigendam existimant, ut fratres quidem virilem portionem accipiant: quota vero esse debeat fratris cujusque portio, non solos fratres, sed parentes etiam numerandos statuunt. Ubi factum id fuerit, virilibus germanis addictis, parentum portiones in lineas ita dividendas ajunt, ut altera lineæ paternæ, altera maternæ cedat. Verum ea sententia, licet cum iis convenire videatur, quæ de divisione hereditatis inter parentes supra præcepimus, cum Justiniani verbis manifeste pugnat. Is enim *in d. novell. c.* 2. aperte cavit, *ut ascendentium, & fratrum singuli æqualem portionem haberent*.

CAPUT III.

De successione cognatorum ex latere.

Ex omnium fere Gentium instituto, liberis, parentibusve defuncto non superstitibus, ad intestatorum successiones fratres admitti jussit Justinianus *d. novell.* 118. *c.* 3. Cum vero ex Aristotele 8. *ad Nicomach.* 14. fratres communis ortus quasi eosdem faciat, iique utriusque parentis communi vinculo arctius devinciantur, recte ibidem Imperator germanos, germanasve sine discrimine sexus fratribus consanguineis tantum, aut uterinis præferri jussit. Quemadmodum vero alias ex *no-*

vell. 127. *c.* 1. eum patruis, & avunculis germanorum, germanarumve filii cum ipsis parentibus admittuntur, ita germanis germanorum filios cum patruis suis, aut avunculis succedere voluit Imperator *d. novell.* 118. *c.* 3. Eos autem admitti jussit jure repræsentationis in stirpes: parentem repræsentando igitur eam accipient portionem, quam, si vixisset, eorum parens accepturus esset. Porro ut germani, germanæve fratres ex uno latere defuncto conjunctos excludunt, ita germanorum, germanarumve filios fratribus uterinis tantum, aut consanguineis præferri jussit Justinianus *loc. cit.* Licet enim germanorum, germanarumve filii fratribus ex alterutro latere defuncto conjunctis uno gradu remotiores sint, cum tamen repræsentando parentes succedant, eos repræsentabunt non tantum duplicitate vinculi, sed gradu quoque. Parentum igitur adepti locum fratres ex uno latere defuncto conjunctos excludunt, quemadmodum in linea recta nepotes parentis gradum adepti cum patruis admittuntur ad hereditatem avi. Proinde Justiniani beneficio hodie subingressio non tantum in recta linea, sed in obliqua etiam locum habet. Id tantum interest inter utramque lineam, quod in recta quidem in infinitum uti subingressione licet; in obliqua ultra fratrum filios repræsentatio non extenditur *d. novell.* 118. *c.* 3.

II. Quod autem diximus, fratrum filios in stirpes ad successionem admitti, id quidem obtinet, si cum patruis, amitis, avunculis concurrant. Acerrime tamen disputatum novimus, utrum, fratrum filii a pluribus fratribus suscepti si soli fuerint, & plures ab alterutro fratre præmortuo sint superstites, in stirpes etiam, an in capita inter eos divi-

dividi hereditatem oporteat. Accursii sententia fuit, ea quidem in specie hereditatem in stirpes dividendam esse: secus Azoni placuit. Utriusque argumenta late congesserunt interpretes ad *d. novell.* Azonis tamen sententia verosimilior videri queat. Olim scilicet, cum jure veteri ignota repræsentatio esset in obliqua linea, fratres fratrum filios omnino excludebant *l.* 2. *ff. de suis*, *&* *legit. her.* In obliqua linea repræsentationem admitti Justinianus jussit, si cum fratribus fratrum filii successuri forent. Fratribus igitur non concurrentibus, quemadmodum nullus repræsentationi locus, ita ne successioni quidem in stirpes. Proinde cum quisque jure proprio succedat, jus vetus stabit, & in capita succedent omnes, ne in æquali gradu inæqualis successio admittatur, neu juris correctio per semet quidem odiosa a casu per Imperatorem expresso ad omissum per interpretes extendatur. Ceterum Azonis sententia non solum plurimis rerum judicatarum exemplis, sed ab ipso etiam Carolo V. in Comitiis Spirensibus confirmata fuit anno 1529. Vid. Gudel. *de jur. novis s.* 2. 15. & Stryk. *de succes s. ab intest. dis s.* 3. *c.* 1. §. 8.

III. Post germanos, eorumque filios admittuntur fratres, seu consanguinei, seu uterini sine sexus discrimine *d. novell.* 118. *c.* 3. Illud tamen addubitari queat, an ex jure quoque civili bonorum discrimen sit admittendum, atque in paternis quidem consanguinei, in maternis vero uterini præferri debeant. Vulgaris sententia est, in bonis a patre profectis consanguineos præferri oportere, in maternis uterinos. Verum licet id bonorum discrimen apud complusculos Europæ populos æquitate sua receptum sit hodie, Justiniani tamen & menti, &

verbis aperte adversatur *in d. novell.* 118. *c.* 3. Ibi enim Imperator in universum defuncti patrimonium germanos admitti jubet ; germanis deficientibus , generatim fratres seu consanguineos , seu uterinos præfert in hereditate defuncti, unde unde bona profecta fuerint. Aliunde si prædictum bonorum discrimen admitti placeat, primo quidem adversus Justiniani mentem consanguineos cum germanis admitti oporteret ad bona paterna , cum germanis etiam uterinos ad bona materna. Deinde si tantum materna bona defuncto forent, consanguineum uterinus prorsus excluderet adversus ipsa Justiniani verba, qui pari jure consanguineos, & uterinos admitti voluit *in d. novell.* 118. *c.* 3. Quatenus tamen per consuetudines Neapolitanas in ea re fuerit a jure civili descitum , infra videbimus *in excurs. de legitim. success. ex consuet. Neap.*

IV. Post fratres seu consanguineos, seu uterinos, eorumque filios, admitti jussit Justinianus secundum gradus proximitatem cognatos ceteros, seu ex uno latere , seu utrimque defuncto cognati forent : neque enim duplicitatem vinculi ultra fratrum filios prodesse voluit *d. novell.* 118. *c.* 3. Ceterum si tempore mortis cognati cuiquam haud fuerint, bona ejus tamquam vacantia fiscus occupat *l.* 1. *ff. de success. edict.* Fisco præferentur tamen socii liberalitatis Imperialis *l. un. C. si liber. Imper. soc. sin. her. decess.* Ecclesia in bonis clerici *l.* 20. *C. de Episc. & cler.* vexillatio in bonis militis *l.* 2. *C. de her. decur.* collegia denique in corporati bonis *l.* 1. *C. eod.* In ea re tamen conjugibus præ ceteris indulgeri placuit . Nam primo quidem ex Prætoris edicto, omni deficiente cognatione, conjux superstes bonorum possessionem genera-

neratim obtinet *l. un. C. und. vir, & uxor*. Deinde jure Juſtiniani noviſſimo in re ſucceſſoria mire auctum conjugum privilegium. Nam licet alias affinitatis intuitu non deferatur hereditas *l. affinitatis. C. commun. de ſucceſſ.* quin ne affines quidem ſint vir & uxor, ſed aliis potius cauſam affinitatis præbeant, ob arctiſſimum tamen inter ipſos vitæ conſortium mutuam conjugibus ſucceſſionem elargitus eſt Imperator. Id autem factum oportuit, ne quando turpi cum inopia conflictaretur, qui, quæve nudius tertius individua ſocietate cum defuncto conjuge uſa foret. Novella igitur 117. *c.* 5. conjugem inopem ſuccedere juſſit locupleti conjugi non ſolum cum cognatis a latere, ſed cum parentibus etiam, liberiſve. Verum in ea re quidem Juſtinianus pro diverſo numero, & qualitate heredum diverſum jus eſſe voluit. Primo enim ſi plures tribus filiis cum conjuge concurrerent ſeu ex ſe, ſeu ex alio fortaſſe matrimonio prognatis, conjugem inopem in portionem virilem admitti juſſit; ſin tres, aut pauciores, in quartam. Deinde ſi cum liberis conjux concurreret, tantum uſumfructum ad conjugem pertinere voluit, ſin cum aliis heredibus, ipſam proprietatem etiam. Id autem non tantum in uxore, ſed in viro etiam admitti debet: nam *novell.* 53. *c.* 6. ſine diſcrimine in viro ac muliere id generatim ſervari jubet. Secus quidem caviſſe videri queat Juſtinianus *d. novell.* 117. *c.* 5. ut recte tamen obſervat Ulricus Huberus ad *novell.* 118. §. 18. id procedet tandem, ſi injuſte maritus matrimonio uxorem exegerit. Recte autem monuerunt interpretes, ad hujus portionis petitionem in conjuge inopiam non requiri mendicitati proximam. Nam conjux inops et-

iam in ea re videtur exiſtimandus, ſi facultates ipſius ad quartam facultatum defuncti conjugis non pertingant. Sane Juſtinianus *novell.53.c.6.* ad ſupplementum mulierem inopem agere voluit, ſi quarta minus ex viri legato perceperit. Inde igitur argumento deſumpto inops conjux videri debet, ut diximus, ſi ipſius ſubſtantia non pertingat ad quartam facultatum defuncti conjugis. Vid. Gudel. *de jur.noviſs.* 2. 16. Indidem autem facile oſtenderis, ne per conjugis teſtamentum quidem ſine juſta cauſa hanc portionem ſuperſtiti conjugi denegari poſſe. Si enim, minus quarta relicto, datur ad ſupplementum actio, potiori jure, ſi in totum ea denegetur, inopiæ conjugis adverſus teſtamentum ſuccurrendum erit Gudel. *loc. cit.* Gail. 2. *obſerv.* 98. Cave tamen, exiſtimes, hanc portionem conjugi debitam cum parentum, aut liberorum legitima comparari oportere: neque enim ea debetur hereditario jure, ſed potius condictione ex lege. Id autem vel inde conſtat, quod, ut inter heredes alias, conjugi jus accreſcendi non competat. Vid. Stryk. *de ſucceſs. ab inteſt. diſs.* 4. *c.* 1. §. 27. *& ſequ.*

V. Nondum hinc abire me ſinunt interpretes. Illud enim expediamus, oportet, num cujuſcumque gradus cognati generatim omnes fiſcum excludant, an aliquis jure civili gradus ſit præſtitutus, ultra quem propinqui poſiti in concurſu fiſci hereditate defuncti potiri nequeant. Occaſionem quæſtioni dedit Juſtinianus §. 5. *de ſucceſs.cognat.* Ibi enim juris veteris diſcrimen inter agnatos & cognatos enarrans agnatis quidem hereditatem delatam ſcribit, etſi *decimo gradu* a defuncto diſtarent, cognatos vero, quia juris civilis ſuffragio non juvabantur, ad bonorum poſſeſſionem a Prætore tandem admiſſos, ſi ultra ſex-

tum

tum cognationis gradum haud forent : ex ſeptimo enim tantum admittebantur ex ſobrina, aut ſobrino, quem *in tertio* vocant, ſuſcepti filii, filiæve *l.* 1. §. 3. *ff. und. cogn.* Licet igitur hodie, agnationis & cognationis ſublato diſcrimine per *novell.* 118. æquo jure cum agnatis cognati ſuccedant, dubium tamen videri queat, num prædicta Juſtiniani verba *in d.* §. 5. *de ſucc. cogn.* intra decimum gradum agnatorum ſucceſſionem coerceant, an tantum exempli gratia decimus ibi gradus memoratus ab Imperatore fuerit. Compluſculi magni nominis Juriſconſulti pronunciarunt, ea quidem verba non exempli, ſed taxationis cauſa ab Juſtiniano poſita; proinde ſeu agnatos, ſeu cognatos hodie ultra decimum gradum fiſco non præferendos. Verum, cum jus novum ibi non conſtituat Juſtinianus, ſed vetus dumtaxat explicet, aperte contrarium ſuadere videtur Ulpianus *in l.* 2. §. 1. *ff. de ſuis, & legit.* ubi ad effectum ſuccedendi Juriſconſultus agnatos definit cognatos per virilem ſexum in infinitum. Eodem pertinet, quod agnatis nullum gradum præſtituere Decemviri, eiſque in infinitum hereditatem deferri voluerunt. Neque vero aliter Juſtinianus ipſe videtur interpretatus Decemvirale carmen. Siquidem *in* §. 3. *de legit. agn. ſucceſs.* diſerte ſcribit, jure agnationis ultro citroque hereditates capi, etſi longiſſimo gradu ſint agnati. Supereſt igitur, ut dicamus, ex regulis juris civilis ipſos centeſimi gradus cognatos fiſco præferri. Neque regeras, ſi id admittatur, fiſcum vix umquam admitti poſſe, cum per rerum naturam vix fieri queat, ut ſine cognatis decedat quiſpiam. Cum enim haud ſemel cognatio ſit probatu difficilis, facillime fiſco deferri poteſt hereditas. Ce-

terum licet iſthæc vera videri debeant, inſpecto jure civili, vulgo apud nos tamen docuere pragmatici, cognatis ultra decimum gradum fiſcum præferri oportere: qui quidem error in foro jus facit. Vid. de Marin. ad *deciſ. Reverter. obſervat.* 34. Id autem ſine diſcrimine apud nos admitti debet, ſeu de laici, ſeu de clerici hereditate agatur. Aperte enim Guilelmus cavit, in clericorum etiam ſine cognatis decedentium hereditatibus fiſcum præferendum eſſe *conſt. dohanæ. de offic. ſecret.* Apud nos igitur nuſquam locus *l.* 20. *C. de Epiſcop. & Cler.* cum Eccleſiam ab hereditate clerici fiſcus excludat. Neque vero cum Afflicto regeras ad *d. conſt. n.* 5. ſecus caviſſe Pontificem *in c.* 1. *de ſucceſs. ab inſt.* Id enim ei ſuaſit publici juris inſcitia, cum Principi generatim liceat, in territorio ſuo leges de inteſtatorum ſucceſſione ferre, neque per leges in re ſucceſſoria a Pontifice ſcriptas jus Principum queat imminui.

C A P U T IV.

De collatione bonorum ab heredibus facienda.

CUM in hereditatis diviſione de bonorum collatione non raro controverſia moveatur, enucleatis ſucceſſorum ordinibus ex jure noviſſimo, hoc argumentum juvabit ſigillatim exequi. Principio bona conferre dicitur, qui, ſi quæ ipſe ſeparatim poſſidet, cum aliis heredibus in hereditatis diviſione communicat, ac veluti confundit cum rebus hereditariis. Prima collationis origo ex edicto Prætoris eſt. Is enim, cum ad bonorum poſſeſſionem admiſiſſet emancipatos, eoſque exæquaſſet

fet liberis in poteftate pofitis, æquiffimum effe cenfuit, ut bona fua in medium conferrent emancipati, qui paterna contra juris rigorem appeterent *l.* 1. *princ. ff. de collat.* Scilicet in poteftate liberi præter peculium caftrenfe, vel quafi, unde unde quid nacti forent, patri quærebant. Contra emancipati liberi, ubi fui juris effecti forent, omnia fine difcrimine fibi privatim parabant. Injurium igitur Prætori vifum, fine collationis onere emancipatos ad bonorum poffeffionem admitti: ita enim emancipati ad partem admiffi forent eorum, quæ patri quæfiiffent in poteftate liberi; contra in poteftate liberi expertes fuiffent eorum, quæ fibi privatim emancipati paraffent. Æquiffime igitur edicto cavit, fe non aliter ad bonorum poffeffionem admiffurum emancipatos, quam fi conferrent liberis in poteftate pofitis, quæ tempore paternæ mortis haberent. Nec metus erat, ne qua inde injuria afficerentur emancipati, fi plus conferrent, quam accepturi forent. Id enim fi metuerent, in ipforum poteftate erat, bonorum poffeffionem omittere *l.* 2. §. 5. *ff. de coll.*

II. Igitur ex Prætoris edicto olim generatim omnia conferebant emancipati tantum, caftrenfibus, aut quafi dumtaxat exceptis: filiifamilias, cum omnia parenti quærerent, ne aliquid quidem habebant, quod conferre poffent. Tantum, cum in dote jus effet, ut ea pertineret ad filiam, quamvis in poteftate foret, a filiafamilias, fi fuccedere vellet, dotem conferri oportebat *l.* 1 *.ff. de collat. dot.* Ceterum ubi, diverfa ratione peculiorum invecta, adventitia filiorumfamilias propria fieri cœpta, eaque parente mortuo fibi præcipua habere juffi, idem inter liberos æqualitatis fervandæ ftudium fuafit, ut eman-

emancipati quoque adventitia non conferrent. Ita quidem intra profectitia tantum collatio coerceri cœpit *l. ult. C. de coll.* Cum tamen non tantum in emancipatos, sed in liberos etiam in potestate positos aliquid a parente proficisci queat, liberis generatim omnibus profectitiorum præscripta collatio *novell.* 18. *c.* 6. In præsenti autem argumento per profectitia non tantum intellige, quæ a patre profecta fuerint, sed & ea, quæ a matre provenerint. Hodie igitur, cuicumque ascendenti succedatur, patet collationi locus, modo quid ab eo parente profectum fuerit, de cujus hereditate agitur *l. ut liberis. C. eod.* Et olim quidem tantum in intestati causa locus collationi fuerat: secus tamen Justiniano visum. Cum enim a liberis invidiam quisque præsumatur arcere velle, eaque inæqualitatis plerumque sit comes, etiam in testati causa collationem fieri jussit Justinianus, nisi secus diserte foret a testatore cautum *d. novell.* 18. *c.* 6. His ita perspectis, ex jure novissimo collatio definiri potest *lucri a vivo parente profecti illatio in communem hereditatem a quibuscumque liberis facienda, cuicumque parenti, & quomodocumque succedant*. Cum tamen omnis in jure definitio periculosa sit, ac facile subverti possit, sigillatim edisseremus, quinam hodie conferre debeant, & quænam in collationem veniant.

III. Quod igitur ad primum attinet, dumtaxat conferebant olim extra sacra paterna constituti liberi; verum hodie conferunt liberi generatim omnes, seu patri, seu matri succedant. Proinde conferent & emancipati suis, & sui emancipatis, & sui suis, & emancipati emancipatis. De suis addubitavere complusculi, quod peculium quidem adventitium generatim non conferatur hodie, profecti-

ctitium vero in ipfa hereditate contineatur *l.* 12. *C. de collat.* Verum cum collatio non in primæva notione accipiatur hodie, & generatim ad res omnes extendi debeat a vivo parente quoquo modo profectas, nihil impedimento eft, quominus ex jure noviffimo in fuis etiam collatio locum habere dicatur. Quod ad nepotes, aut concurrunt cum avi filiis, aut inter fe foli. Si cum filiis avi concurrant, tunc aut patris hereditate fe abftinent, & uni avo fuccedunt; aut patris fimul, & avi fiunt heredes. Poftrema quidem in fpecie nepotes ex perfona patris conferre debent: neque enim, dum commodum ex patris perfona referunt, incommodum declinare poffunt. Quod fi nepos hereditate fe patris abftineat, & uni avo fuccedere malit; id enim ei Prætoris beneficio licet *l. ult. C. und. liber.* communis fere fententia eft, ea quoque in fpecie ad collationem nepotem obftringi: eum, ajunt, parentem repræfentando admitti cum patruo; igitur ex perfona patris, quem repræfentat, conferre oportere. Verum haud inepte negarunt id alii; neque enim ex jure patris fuccedit hic nepos, fed ex Prætoris edicto *d. l. ult. C. und. lib.* Si igitur in fuccedendo patrem non repræfentat, ex ejus perfona eum negant ad collationem obftringi. Vid. Stryk. *de fuccefs. ab int. difs.* 11. *c.* 2. §. 15. Utcumque id erit, fi nepotes inter fe foli concurrant, cum hi æquali gradu avum contingant omnes, nec patrem repræfentando fuccedant, ex perfona parentum conferre non obligantur. Quod ad liberos naturales, cum jure civili patrem habere non intelligantur, hi quidem refpectu patris collationi non fubfunt, licet in paternæ hereditatis fextantem æqualiter dividendum admiffi fuerint: quod fi de

de successione matris agatur, inter ipsos naturales, & spurios collatio obtinebit *l.* 17.*C.de coll.* At vero cum in jure tantum inter descendentes collatio præscribatur, ea quidem neque inter ascendentes obtinet, neque inter conjunctos e latere Vinn. *de collat. c.* 5. *n.* 2. *&* 3. Quapropter neque cum germano germana succedens tenetur conferre pecuniam, quam dotis nomine a germano acceperit, neque germanæ filia cum patruo in successione concurrens dotem confert, quam patruus matri dederit. Conf. Stryk. *de succefs. ab int. d. difs.* 11.*c.* 2. §. 19.

IV. Quod ad bona, quæ collationi subsunt, ne vagis speciebus enucleandis diutius immoremur, hæc regula effingi potest ex *l.ult. C. de collat. quæcumque bona a parente, cui succeditur, profecta non fuerint, in collationem haud veniunt.* Igitur sola profectitia jure novissimo conferri debent. Liceat autem hic abuti vocabulo: per profectitia enim intelligemus non solum, quæ a patre, sed & quæ a matre profecta fuerint. Conferri tamen haud debent, quæ occasione armatæ, vel togatæ militiæ parentes filiis elargiti fuerint: ea enim castrensia, vel quasi existimari debent *l.*4. *ff. de castr. pec. &* *l.* 1. §. 15. *ff. de coll.* Cum igitur sumptus in studia, eorumque causa coempti libri accedant ad quasi castrensia, ii quidem conferri non debent. Hinc & ejusmodi sumptus in legitimam imputari negat Ulpianus *l.* 50. *ff. famil. ercisc.* Eam tamen exceptionem cum Ulpiano addas, nisi non donandi quidem, sed credendi animus in parente probetur. In dubio donandi animus in parentibus præsumi debet. Cum enim ad æqualitatem inter liberos servandam collatio

fue-

fuerit inducta, in dubia voluntate parentum ad ea extendenda non videtur, unde vix magna inæqualitas timeri queat Gudel. *de jur. novis.* 2. 19. Illud tamen addubitari queat, an, si quid pro delicto filii solutum a parente fuerit, collationi subsit. Cum in ea specie filii melior conditio fiat, multam conferendam existimarim, ne alias melior sit ejus conditio, qui deliquit. Conf. Vinn. *de collat. c.* 13. *n.* 10. Sane alias ob delicti odium, si quid fuerit pro delicto solutum, in legitimam imputari potest: quæ vero in legitimam imputantur, collationi subjici aperte edicit Justinianus, modo, quo tempore parens moritur, quæsita jam fuerint *l.* 20. *C. de collat.*

Excursus II.

De legitima successione ex consuetudinibus Neapol. & ex constit. in aliquibus.

JUri civili novissimo circa intestatorum hereditates in Principe Regni Urbe per consuetudines Neapolitanas in complusculis derogari placuit: minus ab eo descitum in Regni provinciis: in iis enim jus obtinet Justiniani novissimum, si ab eo discesseris, quod præter juris Romani regulas a Friderico cautum *in constit. in aliquibus. de success. filior. comit. & baron.* Juvabit igitur, sigillatim hic edisserere, quatenus in legitimis hereditatibus in principe Regni Urbe recessum per consuetudines a jure civili fuerit, eique in provinciis quatenus constitutione sua derogari jusserit Fridericus. Patriæ favor exposcit, ut consuetudines primum enucleemus. Earum autem fundamentum non sanguinis

nis caritati quidem, quod unice spectatum ab Justiniano vidimus, sed familiarum potius commoditati favet. Id enim apprime spectant, ut in suis familiis avita bona serventur, neque per mulieres alio transferantur. Constitutionis Fridericianæ ingenium haud absimile. In præsenti autem argumento in Neapolitanis consuetudinibus tres heredum ordines distinxere majores, liberorum scilicet, parentum, & cognatorum ex latere. Nimirum in quatuor prioribus consuetudinibus sub titulo *de success. ab intest.* de liberorum successione agitur. Ibidem in consuetudine quinta cavetur de successione parentum, ut ad eam recte Napodanus observat *n.126.& sequ.* Nam sat absurde quidem de Ros. ad *dict. consuet. n.* 349. ad parentum legitimam successionem refert consuetudinem *filiusfamilias* sub titulo *de filiisfam. volent. testar.* Ex ipsa enim rubrica constat, ibi de testamentaria successione sermonem institui. Denique in ipsamet consuetune quinta, & insequentibus prædicti tituli de cognatorum ex latere successione statuitur. Sit igitur

C A P U T I.

De successione liberorum.

IN Civitate recte instituenda ita quidem agere legislatorem oportet, ut ad masculos potius avita bona perveniant, neque in alienas familias per fœminas inferantur. Ut enim præteream, adimenda instrumenta luxus impotenti mulierum ingenio, familiæ in fœminis intereunt, in masculis conservantur. Saluberrimum hoc institutum apud omnes plerasque Gentes receptum olim ipse Deus Opti-

Optimus Maximus apud Hebræos servari jussit, in concursu masculorum ab omni hereditario jure fœminis summoveri jussis. Quod si mares deficerent in familia, proximo agnato fœminas nubere cum hereditate voluit. Græcorum leges haud absimiles. Apud eos enim in hereditatibus vulgo prælati mares: iis vero deficientibus, agnato proximo ἐπίκληροι fœminæ jussæ nubere. Conf. Bodin. *de Republ.* 5. 2. Nolim tamen hinc colligi, Neapolitanas de intestatorum successione consuetudines ex jure Attico promanasse. Licet enim Cumæa Urbis origo facile suadeat, Neapolitanos colonos olim legibus, & institutis Atheniensium usos, incredibile tamen videri queat, post tot sæculorum intercapedinem in tantis rerum Neapolitanarum vicibus Atheniensium leges Neapoli perennasse. Nec minus a vero videntur abludere, qui eas Neapolitanorum consuetudines a Voconiana rogatione repetunt. Licet enim, ut liquebit alias, post Hadriani tempora pleræque Romanorum leges Neapoli receptæ fuerint, absurdum tamen existimarim, legem Voconiam adeo Neapolitanis se commendasse, quæ apud ipsos Romanos Hadriani ævo pene obliterata jam fuerit. Vid. quæ supra disserui *libr.* 2. *tit.* 14. §. 6. Propius vero est, quando omnia aliis accepta referri debent, Longobardos potius Neapolitanis in ea re præiivisse. Cum enim apud eos ex lege Rotharis ab hereditatibus fœminæ per masculos exclusæ forent, Longobardici Imperii vicinia facile fieri potuit, ut Longobardorum institutum Neapolitani Civitate donarent. Sed, his omissis, quod nostra interest, videamus.

II. Primum omnium *in consuet.* 1. *de success. ab intest.* apud Neapolitanos invaluisse scribitur, ut

ut cujuſcumque gradus, aut ſexus obeunte parente, ſuperſtitibus filiis & filiabus, nepotibus & neptibus, aut deinceps aliis, in bonis generatim omnibus maſculi fœminis præferantur. Intereſt tamen filias inter, & neptes. Filiæ enim in filiorum concurſu perpetuo excluduntur: neptes tamen non excludentur, ſi nepotes haud adſint ex eodem filio progeniti, licet concurrant ex alio filio nepotes. Fœminæ enim deſcendentes ex maſculis parentis ſexum repræſentando cum maſculis admitti jubentur. Ita factum, ut per patris repræſentationem neptis ex filio ab hereditate avi excludat amitam, quemadmodum ipſe filius eam excluderet, ſi ſuperſtes eſſet *d. conſuet.* 1. *de ſucc. ab inteſt.* Ex recepta autem fori ſententia admitti placuit, ut non ſolum germanus germanam, ſed conſanguineus etiam conſanguineam ſororem excluderet. Nam ſtatutum præferens ſorori fratrem in fratribus etiam conſanguineis locum habet de Franch. *deciſ.* 26. Minad. *deciſ.* 36. Secus tamen in uterinis obtinuit. Nam ad communis matris hereditatem cum fratribus uterinæ ſorores admittuntur in capita *conſuet.* 2. *de mul. habent. fil. qual. teſt.* Inter uterinos autem & conſanguineos in ea re diſcrimen inde promanat. Nimirum fratres ſororibus conſuetudo præfert, quia ſororibus aliunde ſat cavet: fratres enim, ut infra liquebit, cum lege ſorores dotandi præferri jubet. Æquum igitur videbatur, excludi ſorores a fratribus, ſi conſanguinei, vel germani forent: ab iis enim ſorores dotari debent: iniquum fuiſſet tamen a fratribus uterinis ſorores excludi, a quibus neque per conſuetudines, neque per jus civile dotem petere poſſent Napod. ad *conſuet. ſi quis, vel ſi qua n.* 285. Quod autem

autem diximus, cum fratribus uterinis ſorores admitti, id quidem intellige, ſi ex altero matrimonio mares, ex altero tantum fœminæ a matre prognatæ fuerint. Si enim ex utroque matrimonio fœminæ & mares ſint a matre progeniti, ex utroque matrimonio liberi generatim omnes ſine diſcrimine ſexus admittentur in capita. Verum in ea ſpecie fœminæ partem quidem facient, non tamen accipient: earum enim partes fratribus acquiruntur, qui ſibi germani fuerint *d. conſuet. 2. de mul. habent. fil. qual. teſt.* de Franch. *d. deciſ. 26.* Quibus ita conſtitutis, generatim affirmare licet, Neapolitanas conſuetudines eo collineare potiſſimum, ut ad mares hereditates redeant. Cum igitur ultio de nece defuncti, & jus etiam patronatus ad heredes pertineat, intercedente maſculo, excluditur ab utroque fœmina Rovit. *ad pragm. 7. n. 6. de compoſ.* Sanfelic. *deciſ. 27.* Ricc. *in prax. de jure patr. reſol.* 186.

III. In liberorum ſucceſſione cum conſuetudinibus Neapolitanis jus Provinciarum convenit a Friderico ſtatutum *in conſt. in aliquibus. de ſucceſs. fil. com. & bar.* Ibi enim pientiſſimus Imperator, abrogata prava conſuetudine, qua in quibuſdam Regni regionibus invaluerat, ut ipſæ defuncti filiæ a remotiſſimis agnatis excluderentur, filiis quidem deficientibus, filias in hereditate parentum præferri juſſit; ſi cui tamen utriuſque ſexus liberi ſupereſſent, ad ejus hereditatem maſculos tantum admitti voluit ſine diſcrimine, Francus, an Longobardus, miles, an burgenſis diceretur fuiſſe parens. Ceterum in conſuetudine Neapolitana quidem in concurſu maſculorum aperte fœminæ excluduntur, ut vidimus, non tantum a patris, ſed a

matris hereditate quoque: dubium tamen videri queat, an ex Friderici quoque constitutione a matris hereditate per masculos arceantur in Regno fœminæ. Verumtamen cum mens ibi Friderico fuerit, ut quoad fieri posset, hereditates derivarentur in masculos, ex recta constitutionis interpretatione receptum in Provinciis quoque fuit, ut a matris etiam hareditate, & superiorum parentum per maternam lineam fœminæ per mares excluderentur de Affl. *decis.* 178. *n.* 2. de Franch. *decis.* 171. *n.* 1. Adhuc tamen addubitari queat, num in Regni quoque Provinciis uterinæ sorores cum fratribus uterinis admitti debeant. Cum ea species in constitutione non definiatur, ex jure communi putarim, in Regni quoque Provinciis cum fratribus uterinis uterinas admitti oportere. Primo enim vulgata regula pragmaticorum est, leges, quæ juri communi derogant, ita quidem interpretandas esse, ut quam minime fieri possit, a jure civili recedant. Deinde recta ratio juris haud patitur, ut fœminam quis excludat, cui dotem dare non cogitur. Vid. Molfes. *ad consuet. Neap. p.* 4. *quæst.* 41. de Ros. *ad consuet. de succ. ab intest. n.* 145. *& sequent.*

IV. Porro licet Neapolitanæ consuetudines, & Friderici constitutio ab hereditatibus fœminas per masculos excludi caverint, ne tamen mulieres illocabiles essent, neu aliud viri domum præter vestem, & vestis fartum afferre non viderentur, a fratribus, fratrumve filiis dotem eas accipere voluerunt. Haud absimile quidpiam Romæ fortasse cautum, ubi ab ipsorum parentum hereditate fœminas excludi placuit: id vero factum, ne penitus expertes paternorum bonorum essent, neu sine dote nubentes in con-

concubinatum potius, quam in matrimonium crederentur acceptæ. Olim scilicet, ut apud vetustiores plerasque Gentes, apud Romanos ignotæ fortasse dotes. Sane nusquam earum mentio in legibus seu Regiis, seu Decemviralibus. Quod si, parente mortuo, elocatæ mulieres in potestate mansissent, una cum liberis in potestate positis succedebant. Verum, Voconiana rogatione fœminis ab ipsorum hereditate parentum exclusis, ne viri nudam Cajam habere cogerentur, necessario constitutæ dotes, quibus illecti viri impotentium reginarum jugum subirent ultro. Quapropter facile ego concesserim in Abrahami Wiellingii sententiam existimantis, eadem lege Voconia dotem mulieribus constitutam esse *lect. jur. civil. libr.* 2. *c.* 23. Quod tamen ibidem addit, quartam legitimæ portionis ab intestato ea lege mulieribus dotis nomine præfinitam, id nusquam prodidere veteres. Aliunde dotis summam potius remissam existimarim aut parentum arbitrio, aut in re controversa religioni judicum, qui velut arbitrio boni viri æstimarent, quantum dotis nomine mulieri dari oporteret. Sane consultus ea de re Celsus dotis modum ex facultatibus, & dignitate mulieris, & viri statuendum respondit, quatenus ratio pateretur *l.*60. *ff. de jur. dot.* Facile quoque mihi persuaserim, in dote definienda numerum etiam liberorum spectatum esse, quod diserte quidem a Friderico cautum *in constit. in aliquibus. de success. filior. comit. & bar.* Igitur haud absimilem a Romanis in ea re viam iniere majores, cum exclusis ab hereditate fœminis dotem *secundum paragium & facultates* constitui voluerunt *consuet.* 1. *de success. ab intest.* In ea re cum consuetudine jus Regni consonat.

sonat. Aperte enim in prædicta constitutione Fridericus *pro modo facultatum suarum, & filiorum superstitum numero secundum paragium* fœminas a fratribus, aut nepotibus elocari jussit. Proinde de paragio accurate videndum.

V. Paragium, seu paraticum apud scriptores sequioris ævi generis, ac nobilitatis paritatem indigitat, ut late probat Ducangius *in voc. paragium*. Hinc ortæ voces *imparagare*, & *disparagare* illis accommodatæ, qui ex dignitate, vel minus, puellas elocant, ut idem Ducangius ostendit *in voc. disparagare*. Indidem a medii ævi scriptoribus excusum quoque vocabulum *apparagium* ad hereditatis paternæ partem indigitandam, quæ a primogenito datur fratribus natu minoribus, qua vitam, & dignitatem suam tueri queant, ut ab eodem Ducangio demonstratum. Cum igitur *secundum paragium* dotem mulieri dari consuetudo jubet, de dote videtur intelligenda, quæ generis nobilitati respondeat, ut mulier pari nubere ex dignitate possit. Cum tamen haud raro fiat, ut familiis avita nobilitate clarissimis opes ex dignitate non suppetant, in dote mulieri definienda non unice dignitatem spectari voluere majores, sed vires patrimonii quoque. Proinde mulieri dotem consuetudo definit secundum *paragium, & facultates*. Cum vero dos *de paragio* ex recepta fori sententia in legitimæ locum substituta fuerit, ac pro liberorum diverso numero legitimæ ratio diverse sit ineunda, in paragio mulieri definiendo numerus liberorum quoque parenti superstitum spectari debet. Id quidem jure Romano definitum haud memini; aperte tamen Fridericus in constitutione sua jus civile fortasse interpretatus pro liberorum quoque diverso

verso numero diverse paragium definiri jubet. Recte igitur statuere pragmatici, in dote mulieri constituenda seu in Urbe, seu in Provinciis familiæ nobilitatem, patrimonii vires, liberorum denique numerum spectari oportere. Ea de re tamen vix certi quidpiam pronunciari potest: rectius igitur arbitrio boni viri paragium ego remiserim. Generatim fortasse tamen licet asserere, paragii nomine minus legitima dari non oportere, siquidem mulier elocata jam fuerit petitionis tempore Afflict. *decis.* 160. Tantum si de familiis opulentioribus, & filiabus magnatum agatur, in eis dotem ad legitimam usque pertingere non oportet, sed in ea quantitate definietur, qua in ejusmodi nuptiis dotes vulgo constituuntur Grammat. *decis.* 101. in eamque sententiam pronunciatum refert a Sacro Consilio Camillus Salernus ad *consuet.* 2. *de succ. ab intest. in gloss. paragium. liter. c.* Quod si de innuptis agatur, plerumque ultra legitimam paragium constituetur, idque virilem etiam aliquando debet æquare, si aliter nequit mulier ex dignitate nubere Gramm. *decis.* 57. *n.* 19. Non ultra virilem procedendum tamen, ne præ maribus meliori conditione fœminæ videantur uti. Ceterum hæc quidem obtinent, si mulier elocetur a fratre: si enim ei nuptiæ a parente concilientur, cum jura præsumant filiabus optime a parente consuli, de paterno judicio disceptare non debet, ac nisi enormissime lædatur, in constitutione paragii a parentis arbitrio pendere debet. Vid. de Marin. *in observat. ad decis. Revert.* 444. *n.* 3.

VI. Ex dictis hactenus facile, puto, constiterit, ex recepta fori sententia in locum legitimæ pa-

paragium ſucceſſiſſe. Id ita tamen accipi nolim, quaſi inter utrumque nihil interſit. Nam recte Napodanus adnotat ad *conſuet.* 2. *de ſucc. ab inteſt. n.* 51. apud nos a legitima in compluſculis differre paragium. Primo enim, ut advertimus alias, ſine dignitatis diſcrimine ab ipſo jure legitima definitur; contra paragium pro diverſa dignitate familiæ arbitrio boni viri diverſe definiendum. Præterea petitio legitimæ parente tandem mortuo locum habet; paragium vero vivo parente quoque peti non prohibetur, licet ea quidem in ſpecie pater ultra legitimam dotis nomine filiæ præſtare compelli non ſoleat de Franch. *deciſ.* 616. Rurſus, ſi perſona turpis non ſit inſtituta, ex teſtamento fratris ſorori legitima non debetur; eidem tamen, ſi fuerit inops, ex fori æquitate debetur a fratre paragium. Denique, ne ſingula perſequar, in legitima definienda non unice tempus mortis ſpectari debet. Siquidem ante aditionem auctis, vel imminutis rebus hereditariis, legitima incrementum, aut decrementum accipit Menoch. *conſ.*427. *n.*12. Contra in paragio definiendo tempus mortis unice ſpectandum erit ſine diſcrimine, aucta, vel imminuta fuerit hereditas de Roſ. *ad conſuet. de ſucc.ab inteſt.n.*177. *& ſequ.* Differentiæ ratio inde repetenda, quod legitima ex qualitate debetur hereditaria, & in corporibus hereditariis præſtari debet: contra paragium ſine hereditaria qualitate mulieri ſolvitur, & in pecunia recte præſtatur, ut recte obſervat Napodanus *ad conſuet. ſi qua mulier. n.* 23. Proinde paragium petituræ ſorores actionem tantum perſonalem adverſus fratrem inſtituent, cum ex jure Regni ab hereditatibus arceantur. Inde fit, ut, licet ex jure civili præteritæ

tæ testamento filiæ testamentum infirment, apud nos tamen in ea specie, rato testamento manente, tantum ad paragii petitionem admittantur Napod. ad *d. consuet.* 2. *de succ. ab int. n.* 86.

VII. Cum igitur paragium in legitimæ locum ex jure Regni successerit, eaque ex utriusque parentis hereditate liberis debeatur, paragium ex matris hereditate quoque fœminæ apud nos recte postulabunt, licet ex paternis bonis dotem acceperint *consuet. si qua mulier. de mulier. hab. fil.* Id tantum in hoc argumento interest inter patrem & matrem, quod in vita solus pater dotem filiæ dare compellitur; mater, ut advertimus alias, ex jure civili tantum in subsidium convenitur: neque enim maternæ pietatis est, dotem filiæ constituere, si facultates paternæ suppetant. Proinde paragium ex materna substantia filiæ constituendum ad legitimam magis accedit. Cum enim illud in maternis bonis ad unius rationem legitimæ debeatur, non vero ut mulier ex dignitate nubat, facile ego concesserim Antonio de Alexandro ad *consuet.de success.ab intest. gloss. quando filia* paragium in maternis bonis legitimam excedere non oportere, ne alias ultra, quam oportet, parentum bona a fœminis delibentur. Quod igitur vulgo docent, unicum paragium mulieri sufficere, ut excludatur a successione, id non eo pertinet, quasi ex utriusque parentis bonis duplex mulieri paragium non debeatur, sed eo potius, ex eadem linea duplex mulieri paragium non deberi. Ita quidem, si ex bonis paternis paragium consequuta sit mulier, a successione conjunctorum omnium ex paterno latere excludetur, licet ex ipsorum bonis nullum paragium obtinuerit, quemadmodum

pronunciatum refert a Sacro Consilio Præses de Franch. *decis.* 87. *princ.*

VII. Opportune quæsitum hic video, quæ tandem mulieri actio paragium petituræ competat. Jure quidem Romano, si qua ex nova lege obligatio manet, ac lege non caveatur, quam oporteat actionem institui, *ex lege condictione* agitur *l.un. ff. de condict. ex leg.* Cum apud nos igitur ex consuetudine Neapolitana, & Friderici constitutione paragium sit mulieri solvendum, seu in Urbe, seu in Regno paragium petitura mulier ex consuetudine, vel constitutione condictionem instituet. Et condictio quidem, cum actio personalis sit, in ipsum fratrem, aut nepotem instituatur, oportet. Verumtamen dubium adhuc videri queat, an tamquam ex hypothecæ jure in tertios etiam possessores liceat actionem intendere, si frater, aut nepos, bonis hereditariis alienatis, solvendo non fuerint. In ea re quidem definienda sat cunctabundus hæsitat Napodanus ad *consuet. si qua mulier.n.*19.*& sequ.* eo tamen inclinare videtur, in tertium possessorem agi non posse. In eam vero sententiam argumento desumpto ab alimentis utitur: ea enim peti per filios a tertio possessore nequeunt, si bona parens alienarit, unde alimenta decerni debent. Verum in ea re perperam Napodanus ad paragium ab alimentis arguit, & a fratribus, vel nepotibus longe diversa patris est ratio. Quod enim ad alimenta pertinet, nullo cum hypothecæ onere in patrem transeunt avita bona: quatenus igitur bona possidet, alimenta liberis præstare debet. Contra in fratres, aut nepotes cum onere solvendi paragium sororibus, aut amitis bona transeunt. Per fratres igitur, nepotesve bonis alienatis, licebit adversus ter-

tertios possessores ex hypothecæ jure ad paragium consequendum agere. Aliunde Napodani sententia non tantum mulieribus, sed & publicæ dotis causæ videtur infestior. Si enim contra tertium possessorem paragii nomine non liceret agere, distractis bonis, mulieres facile possent eludi, & summa cum injuria illocabiles domi senescere. Rectius igitur post Iserniam ad *d. const.* de Franchis *decis.* 119. *n.* 3. hypothecariam actionem adversus tertios possessores mulieri accommodandam scribit. Verum enimvero cum inviti tertii possessores in mulieres incidant, non temere ad hypothecariam mulieres admitti debent, nisi constiterit, ex bonis nepotis, aut fratris paragium omnino solvi non posse. Proinde isthæc ex tacita hypotheca actio favore mulierum inducta subsidiaria existimari debet, nec ad eam deveniendum, si frater, aut nepos solvendo fuerint, quemadmodum judicatum refert a Sacro Consilio Regens Tapia *decis.* 48. Hinc in Regno praxim invaluisse scribit de Rosa ad *consuet. si moriatur*. *n.* 291. ut paragium petitura mulier contra fratres simul, & tertios possessores agat; libellum vero ita componat, ut heres quidem principali nomine condemnetur; quatenus vero fratres solvendo non fuerint, contra tertios etiam possessores in subsidium liceat sententiam exequi. Vid. Carol. Tap. *in jur. Regn. libr. 6. tit.* 11. *pag.* 156.

VIII. Porro licet ex jure feudali communi nullum in feudo debeatur mulieri paragium, eoque inspecto, si masculi adsint, prorsus arceantur a successione fœminæ *consuet. feud.* 1. 7. in Regno Neapolitano tamen ex rebus etiam feudalibus paragium mulieri debetur, ut aperte a Friderico

cau-

cautum *in const. in aliquibus. de success. filior. com. & bar.* Interest tamen inter paragium ex allodio, & ex feudo mulieri debitum. Rebus enim allodialibus a parente relictis, optio fratris erit, num in ipsis rebus hereditariis, an in pecunia paragium solvere sorori malit. Contra, feudo a parente relicto, a fratre paragium in ipsis rebus feudalibus præstari non potest, sed omnino in pecunia solvi debet. Cum enim feuda ex jure Francorum, cujusmodi sunt apud nos pleraque, sint individua, ne quam feuda divisionem patiantur, paragium solvendum est in pecunia, in eamque sententiam a Sacro Consilio decisum refert Merlinus *controvers. jur.* 2. 13. Aque hic commodum fuerit advertere discrimen inter vitam & militiam a feudatario debitam fratribus natu minoribus, ac paragium ex feudo sorori præstandum. Paragii enim ipsa proprietas sorori datur, eaque in quoslibet heredes transmitti potest. Contra vita & militia in nudo usufructu consistit, qui cum morte fratrum natu minorum extinguitur. Id ipsum tamen intellige, si feudum sit avitum: si enim paternum sit, seu ab ipso patre coemptum, aliove quo modò quæsitum, arbitrium fratrum natu minorum erit, num vitam & militiam, an partem pretii, quanti feudum fuerit emptum, petere malint. Ex pragmaticorum enim communi scito pretium feudi novi censetur veluti in arca repositum. Vid. de Marin. *resol. jur.* 1. 126. *n.* 57.

IX. Jam vero ex recepta fori sententia paragium præstari placuit non solum fœminis, quæ viro traduntur, sed virginibus etiam, quæ pudicitiæ votum in monasteriis nuncupare malint, idque vulgo dicitur *paragium ingressarum.* Ejusmodi vero para-

paragium diverso jure censetur: diverse enim de eo responsitandum, prout fœmina, patre vivo, vel mortuo, virginitatem voverit. Siquidem si vivo patre vota nuncuparit, ex ratione legitimæ paragium non æstimatur, sed ex ratione dotis, quæ monasterio persolvi solet, habita etiam ratione sumptuum, qui ex recepta consuetudine in die votorum erogantur. Contra si, parente jam mortuo, vota mulier nuncupare velit, integrum paragium ei debetur, nec ab eo diversum, quod aliis persolvi solet, quæ in matrimonium collocantur. Nam post parentis obitum jus integri paragii mulieri defertur, de eoque renunciationis tempore pro lubitu statuere potest. Vid. Molfes. ad *consuet. part.* 3. *quæst.* 8. *n.* 34. & Reg. Galeot. 2. *contr.* 8. Ita quidem vulgo doctores. Ne quid tamen dissimulare videar, eam ego sententiam contrariam existimavi semper & Neapolitanæ consuetudini, & Friderici menti. Paragium enim id potissimum spectat, ut mulieres honeste collocentur. Proinde si mulier monasterium matrimonio præferre malit, in monasterio honeste collocata paragio monialium debet esse contenta, neque familiarum avita bona in monasteria, extraneosve transferre, in quam sententiam proclivior esse videtur & Provenzalis *observat.* 11. Sane, si, quod res est, dicere velimus, cum leges Neapolitanæ jubent, secundum paragium collocari mulierem, id potissimum spectant, ut secundum generis paritatem honeste collocetur. Id igitur si fuerit impletum, quotacumque pecunia fuerit erogata, soror, aut amita ultra fratres, eorumve filios vexare non debet, de qua sententia mecum convenisse lætor Joannem Alexandrum virum integerrimum, & penitioris juris scientia inter

inter Regiæ Cameræ Summariæ Præſides celeberrimum. Quatenus vero ſuſtinenda ſit mulieris renunciatio, qua paragio, ejuſque ſupplemento renunciat, infra liquebit *cap.* 4.

X. Jam vero cum alio converſi fratres, eorumve filii, ſororibus, amitiſve dotem conſtituere plerumque negligant, mulieribus adhuc conſuetudo proſpectum ivit, ac virorum in ea re negligentiam, aut avaritiam pœnali ſanctione coercuit. Si quis igitur ſororis, aut amitæ vota remoretur, eiſque poſt ſedecim ætatis annos expletos dotem dare detrectet, mulier *maſculeata* cenſebitur *conſuet.* 2. *de ſucceſſ. ab inteſt. Maſculeationis* vocabulum non tantum apud veteres, ſed apud conſuetudinum quoque compilatores ignotum effinxere pragmatici ad indigitandum jus mulieri quæſitum, quo, ut ceteri maſculi, ad virilem admittitur, ſi, fratre, aliiſve interpellatis, dotem haud acceperit. Verum enimvero ut id juris mulieri quæratur, primo quidem oportet, ut decimum ſextum ætatis annum expleverit; deinde ut opportuno & tempore, & loco interpellatus frater, ejuſve filius a dotis ſolutione ceſſet. Cum igitur pupilli, minores, furioſi, prodigi opportune non videantur interpellari, neque moram cenſeantur admittere, ejuſmodi perſonis interpellatis, jus maſculi mulieri non quæritur *l.* 49. §. 2. *ff. de verb. oblig.* Rurſus, cum ſucceſſorum tantum conſuetudo meminerit, eiſque tantum injuſte ceſſantibus, mulieres jus maſculi nanciſci juſſerit, ſi poſt decimum ſextum ætatis annum filia patrem ipſum interpellarit, iſque in dote conſtituenda moram admiſerit, jure maſculi non cenſebitur, cum pater cogi non poſſit invitus, ut virilem dotis nomine mulieri præſtet.

At

At vero in Neapolitano tantum territorio jus masculi soror ex consuetudine potest acquirere. Nam in Regni provinciis, licet opportune frater interpellatus a dotis solutione cesset, numquam soror ad virilem admittitur, sed officio judicis tantum paragium consequetur: atque ita a Sacro Consilio pronunciatum scribit præter alios Matthæus de Afflictis *decis.* 159.

XI. Semel autem jus masculi a sorore quæsitum non solum ipsi prodest, ut in paternis, maternisque bonis cum fratribus æque succedat in capita, sed in liberos quoque trasmittitur. Quapropter licet alias sororum filii ab hereditate patrui per fratrum liberos arceantur, filii tamen sororis, ubi ipsorum mater jus masculi fuerit adepta, cum fratrum liberis æque concurrunt in hereditate patrui. Præses quidem de Franchis *decis.* 412. contra sororum filios a Sacro Consilio pronunciatum scribit, id tamen inde factum, quia falso sororum filii asseruerunt, jus masculi matrem adeptam esse, ut in calce decisionis idem aperte docet. Cum igitur in hereditate patrui ex jure a matre transmisso sororis masculeatæ liberi cum fratrum filiis admittantur, potiori jure crediderim, ipsam sororem jus masculi semel adeptam cum masculis generatim admitti oportere ad hereditates conjunctorum a latere, eoque Sacrum Consilium inclinasse videtur apud Afflictum *decis.* 370. *n.* 11. Id ipsum tamen intellige, modo ne de feudis agatur. Ea enim, cum ad masculos solida redire debeant, ad fœminas pervenire nequeunt de Pont. *vol.* 1. *consil.* 74. Verum enimvero licet soror masculi jus adepta in aliarum sororum concursu cum masculis sola succedat, si tamen fratres,

tres, eorumque liberi de medio sublati fuerint, ceteræ quoque sorores, earumque filii cum sorore masculeata succedent. Quamvis enim jus masculi adepta soror admittatur ut masculus, id ei tamen indulget consuetudo fictione juris, qua in concursu fratrum personam masculi fœmina mutuatur. Verum ejusmodi fictio eatenus extendi non debet, ut ceteræ quoque sorores excludi debeant, si, fratribus, eorumve liberis non superstitibus, cum sola masculeata concurrant. Atque ita pronunciatum scribit a Sacro Consilio idem de Franchis *d. decis.* 412. *n.* 4.

CAPUT II.

De successione parentum.

SEcundus heredum legitimorum ordo jure quoque Regni parentum est. Nam de ipsorum successione quidem nil diserte a Friderico cautum *in d. constit. in aliquibus*. Proinde, si descendentes non superessent, a parentibus liberis succedi tacite voluit secundum scita Romani juris. Æquissimum enim Friderico visum, ad eos luctuosam liberorum hereditatem redire, qui ob eorumdem interitum luctu affici maximo censerentur. De ea re autem prolixior esse nolim, cum in Regni provinciis tota juris successorii ratio in persona parentum æstimari debeat ex *novell.* 118. *c.* 2. Repete igitur, quæ ea de re supra disserui *pag.* 30. *tom.* 2. certum mihi est, actum haud agere.

II. Quod ad consuetudines Neapolitanas, diversam a Friderico viam majores nostri non videntur ingressi. Nam ex jure Romano consuetudines Neapoli-

politanæ quoque parentes ceteris cognatis præferri voluerunt in hereditate ejus, qui ſine liberis deceſſurus eſſet. Id ipſum tamen in conſuetudinibus diſerte non cautum. Nam exemplo Friderici quoque compilatores parentum ſucceſſionem reliquerunt juri Romano. Licet igitur alias, ubi de cognatorum ex latere ſucceſſione quæritur, origo bonorum per conſuetudines inſpici jubeatur, ſecus tamen per ipſas conſuetudines in ſucceſſione parentum obtinuit. In Urbe enim, ejuſque territorio ſine bonorum diſcrimine præferuntur in filiorum hereditate parentes. Ita quidem, matre prærepta, in maternis bonis præferetur pater; mater etiam in paternis, patre præmortuo. Hinc vulgatum illud pragmaticorum in foro ſcitum, *patre, vel matre exiſtente in medio, conſuetudines ſucceſſoriæ ceſſant, nec locum habet axioma, paterna paternis, materna maternis* ex Napod. ad *conſuet. de ſucceſſ. ab inteſt. n.* 132. Quod igitur apud eumdem Napodanum legitur ibidem *n.* 129. *proavus maternus præfertur in bonis maternis proavo paterno, vel patri*, aperte cum regula pugnat ab ipſo Napodano poſita. Quapropter recte obſervatum ibidem a Carolo de Roſa in marginali nota, verba illa *vel patri* mendum librariorum eſſe, & in antiquioribus exemplaribus non inveniri. Ceterum adeo certi juris eſt, per conſuetudines Neapolitanas patrem & matrem filiis æque ſuccedere, ut, licet aliquid ab alterutro parente profectum fuerit in filium, in illud etiam, quod profectum ab alterutro parente fuerit, uterque parens æque ſuccedat, ut poſt Napodanum recte ſtatuit Carolus de Roſa ad *conſuet. un. de filiisfam. volent. teſt. n.* 24. Id ipſum contra Bartolum juri Romano

no novissimo consonum ego crediderim ob *auth. defuncto . C. ad Senatusc. Tertyll.* Ibi enim sine bonorum discrimine in liberorum hereditate parentes præferri jubentur . Conf. de Franch. *decis.* 59. Sane ibi in bonis a patre filio donatis per Sacrum Consilium admissi cum patre fratres . Igitur potiori jure in ejusmodi specie admittenda videtur & mater.

III. Jam vero licet in concursu patris , aut matris, ubi liberi desint, cum jure Regni consuetudo consonet , in superioribus tamen parentibus interest consuetudines inter, & jus Fridericianum obtinens in Regni provinciis. Nam in Regno quidem, cum ex Friderici constitutione, quod ad parentum successionem, nullam mutationem jus civile subierit, jus Romanum generatim viget in novellis ab Justiniano statutum. Contra per consuetudines Neapolitanas , si pater quidem , aut mater sint defuncto superstites, sine bonorum discrimine præferuntur : verum si cum superioris gradus parentibus res agatur , locus est superiori regulæ , *paterna paternis* , *materna maternis* , non secus , atque obtinet in conjunctis a latere . Proinde in ipsis ascendentibus ultra patrem & matrem in territorio Neapolitano locum invenit consuetudo 5. *de success. ab intest.* In Urbe igitur avus maternus excludet avum paternum a maternis bonis Napodan. ad *d. consuet. n.* 156. Ob prædictam vero regulam, ut ibidem Napodanus observat , secus atque Justiniano placuit, superioribus parentibus prærogativa gradus haud quicquam prodest . Proinde in Urbe, ejusque territorio proavus maternus præfertur avo paterno in maternis bonis. Tantum in ea specie legitima in maternis bonis debetur ascendenti paterno , si defunctus in ejus potestate decef-

ceſſerit ex *conſuet. unic. de filiisfam. volent. teſt.* Licet enim ea loquatur de filiofamilias, qui teſtatus obit, potiori tamen jure de filiofamilias quoque videtur accipienda, qui inteſtatus decedit, ut recte ex Napodano docet Carolus de Roſ. ad *d. conſuet. n.* 26.

IV. At vero ſi quæ aliæ perſonæ ſint, quæ jure Romano cum aſcendentibus admittuntur, admittuntur per conſuetudines etiam, non ſolum ſi cum ſuperioribus parentibus res agatur, ſed cum patre quoque, vel matre: neque enim fratribus, ceteriſque jure civili vocatis per conſuetudines parentes obſunt de Franch. *deciſ.* 486. *n.* 1. Imo ex recta conſuetudinum interpretatione favorabilius agi placuit cum fratribus, eorumque filiis. Licet enim in Regni Provinciis ex *novell.* 118. *c.* 2. & *novell.* 127. *c.* 1. fratres utrimque conjuncti tantum, aut utrimque conjunctorum filii cum parentibus admittantur, in territorio Neapolitano tamen ex interpretatione conſuetudinis 5. *de ſucceſſ. ab inteſt.* fratres etiam uterini, aut conſanguinei, eorumve filii cum parentibus admittuntur in communis parentis bonis. Ita quidem uterinus frater cum patre in maternis bonis admittitur, licet ſecus Juſtiniano placuerit. Id apud nos repetendum ex bonorum diſcrimine per conſuetudines fieri juſſo, ut, quoad fieri poſſet, a ſuis familiis non diſcederent avita bona. Inde factum, ut, parentes ceteri præter patrem & matrem a fratribus uterinis, aut conſanguineis, eorumve filiis excludantur, ſi ita ſuadeat bonorum origo. Hinc avus maternus a fratre conſanguineo excluditur in paternis bonis, quemadmodum in maternis conſanguineum excludit avia materna. Vid. Carol. de Roſ.

ad *d. conſuet. unic. de filiisf. volentib. teſt. n.* 28. *& ſequent.* In aliis bonis a defuncto quæſitis locus eſt *d. conſuetudin.* 5. qua cognati paterni maternis præferri jubentur. Ut enim ſupra monui, ex recepta fori ſententia prædicta conſuetudo non tantum in cognatis a latere, ſed in aſcendentibus quoque locum invenit. Quapropter ſi civis Neapolitanus tantum a ſe quæſita bona in hereditate reliquerit, paternus avus maternum excludet, licet ex regulis juris communis in Regni provinciis ſecus obtineat.

V. Jam ſupra prævertimus, patre, vel matre ſuperſtite, per ipſas conſuetudines a filiorum hereditate ſine bonorum diſcrimine cognatos omnes generatim arceri: in ipſis igitur paternis bonis præferri matrem; patrem etiam in maternis. Inde tamen fiebat haud raro, ut nobiliſſimæ quæque familiæ avitis bonis exciderent, & imminutis opibus decus etiam nobilitatis imminui videretur. Id quidem incommodum generatim omnes afficiens Sedilium Nilotici & Capuani patriciis indigniſſimum præter ceteros videri cœpit. Proinde malum ſerio æſtimantes videndum porro cenſuerunt, ne quid familiæ detrimenti caperent per legitimas parentum ſucceſſiones. Cum igitur advertiſſent fortaſſe, ex ipſo jure civili hereditatem juſſu teſtatoris ita filiisfamilias deferri poſſe, ne quid in eam juris parenti competat, in tabulis etiam nuptialibus ſponſos paciſci poſſe crediderunt, ut ex liberorum hereditate parentes nil lucri caperent. His quidem initiis prædicti nobiles, ſi in alienas familias avita bona pervenire nollent, in tabulis nuptialibus convenire cœperunt, ut, quod ad paterna bona, renunciaret liberorum ſucceſſioni mater, pater

pater etiam, quod ad bona materna. Opportunissimum eurema visum servandis in familia bonis. Inde factum, ut ejusmodi pactum præter prædictos patricios passim usurpare cœperint non solum nobiles in Urbe ceteri, sed & in Regni provinciis ordines generatim omnes, & ipsi de plebe homines, qui per legitimas parentum successiones genti, familiæve suæ incommodatum nollent. Ne qua vero calumnia pacto ita convento per veteratores aliquando fieret, Rex Catholicus inter gratias Urbi concessas ejusmodi pactum ratum haberi jussit anno 1505. Præsens autem pactum in nuptiis coeundis hodie frequentissimum dici vulgo solet *Capuani*, & *Nili* propter primos ejus auctores: nuptiæ autem ea lege initæ vernacule contractæ dicuntur *alla nuova maniera*, quia contra jus Romanum, ac præter majorum mores pacta isthæc in nuptiis apud nostrates invaluerunt.

VI. Nili & Capuani pactum præter alios accurate recenset Afflictus *decis.* 237. ejusque formulam prolixiorem exhibet. Ubi id nuptiis fuerit appositum, si, matre superstite, pater fato cesserit, & mox seu in pupillari ætate, seu adulti etiam liberi ante matrem obeant, a paternis liberorum bonis omnino mater arcebitur, eaque deferentur paterno cognato proximiori ne per legitimam quidem imminuta, qua alias ex jure Romano mater defraudari nequit. Vicissim ad servandam æqualitatem, nuptiis ita initis, si, patre superstite, liberi post matrem obeant, res dotales, aut cetera etiam materna bona ad patrem non pertinebunt, sed cognato materno proximiori reddentur non imminuta, ne per legitimam quidem, quæ alias ex jure civili patri debetur. Ceterum per ejusmodi pa-

-ctum nullum præjudicium ipsi matri creatum intelligitur. Proinde libere ea quidem de dote, ceterisque bonis testari poterit, in Regno quidem ex jure Romano, in principe Regni Urbe, ejusque territorio ex præscripto consuetudinum, quas alibi enarravimus sub *excurs. de coerc. test. arbitr. tom. 2.*

VII. Porro ejusmodi pactum perperam a quibusdam consuetudo creditur. Primo enim, si consuetudo foret, contra receptam fori sententiam ad bona extra territorium Neapolitanum extendi non oporteret. Deinde Nilotici & Capuani patricii ex pacto Capuani & Nili matrimonium contraxisse in dubio præsumendi forent, quod tamen late refellit Consiliar. de Georg. *allegat.* 25. *n.* 21. & Reg. Rovit. *cons.* 98. *n.* 22. Ceterum ita nuptiis initis præmortui parentis hereditas filio acquiritur *revocabiliter*, ut pragmatici loqui amant. Proinde matris præreptæ bona confusionem non patiuntur in persona filii, nec proprium filii patrimonium post ipsius obitum dici possunt. Quaproprer si, matre præmortua, pater etiam mortalitati cedat, condictio rerum dotalium cognato materno proximiori competens per confusionem perempta non intelligitur, licet sine inventario filius paternæ hereditati se immiscuerit, quemadmodum in re haud absimili per Sacrum Consilium pronunciatum refert Afflictus *decis.* 237. *n.* 6. Nam ipsum pactum in præsenti specie actionem materno cognato proximiori præstat, eique fraudi esse non debet a filio quæsita patris hereditas. Non mirum igitur, si successoris gradus ex filio non æstimetur. Nam in præsenti argumento filio quidem succeditur, sed ex vi pacti in nuptiis initi gradus ex matre computari debet. Neque enim novum in jure est, ut gradus ex altero æstime-

metur, alteri succedatur, ut exemplo feudi, & fideicommiffi etiam aliquando conftat. Verum enimvero, quod diximus, ob præfens pactum in parentis præmortui bona delata filio parentem fuperftitem non fuccedere, id quidem caute intelligendum. Pone enim, poft matris obitum ex duobus filiis alterutrum poft matrem decedere, mox alterum quoque mori, fane in ea fpecie in dimidio quidem ultimo morientis materni cognati proximiores patri præferentur; verum in altero dimidio, quod ultimo morienti delatum eft ex hereditate prærepti fratris, pater ipfe præferri debet. Ut enim liquebit infra, per duplicem manus mutationem bonorum natura mutatur: proinde in altero dimidio, quod per fratris obitum fuit ultimo morienti delatum, non fpectari debet prima ejus origo, & ipfa perfona matris, fed origo proximior in ipfa perfona prærepti fratris, unde ad ultimo morientem rediit. Quapropter alterum hoc dimidium non maternum quidem, fed paternum potius vieri debet. Vid. de Rof. ad *confuet. de fuccefs. ab inteft. n. 392.*

VIII. Atque ita quidem jus erit, fi ex more Capuani & Nili nuptiæ coaluerint. Aliud juris erit, fi matrimonium contrahatur ex *more Magnatum*, ***Procerum***, *& Baronum Regni viventium jure Francorum:* quo quidem cafu nuptiæ contractæ dicuntur *alla vecchia maniera*, quia fcilicet ejufmodi pactum vetuftius in Regno fuit, utpote, ut infra liquebit, ex ipfo jure civili manans. Si igitur nuptiæ coierint ex more Magnatum, matre decedente, viro fuperftite, fi liberi etiam feu in pupillari ætate, feu jam adulti inteftati deceflerint, vivo patre, materna bona filiorum omnia cum ipfa dotali pecunia patri deferentur. Viciffim fi,

uxore superstite, pater ipse præmoriatur, si liberi etiam intestati quandocumque decesserint, in bonis paternis filiorum omnibus mater præferetur. Utriusque pacti diversos effectus recensuit Camillus Salernus, iique exhibentur inter consuetudines Neapolitanas *pag.* 120. *edit.* 1677. In eorum lectione tamen caute procedendum. Ita quidem, ut alia omittam, perperam ibi scribitur, in feudis filiorum paternis matrem etiam præferri oportere. Neque enim cuiquam feudi successio deferri potest, nisi fuerit in investitura vocatus. Ceterum, ut pragmatici passim observant, pactum moris Magnatum in nuptiis apponi solitum cum jure civili consonat, a quo quidem, quod ad patris, ac matris successionem, Neapolitanæ consuetudines non recedunt. Cum tamen, nuptiis initis ex more Magnatum, ad dotem succedant sine discrimine filii seu masculi, seu fœminæ, in ea re quidem pacta isthæc recedunt a Jure Regni. Siquidem, ut supra vidimus, ex constitutione *in aliquibus*, masculi tantum succedunt cum obligatione constituendi sororibus dotem, quam *de paragio* vocant: quemadmodum in eo etiam a consuetudinibus differt mos Magnatum, quod ita nuptiis initis liberius de dote mater testari potest, ejusque non novem partes, quod consuetudo Neapolitana jubet, sed legitimam tantum liberis legare compellitur. At vero cum mos Magnatum sit juri communi conformis, in dubio matrimonium præsumi debet ea lege contractum: in dubio enim contrahentes jus commune sequuti videri debent.

CA-

CAPUT III.

De successione conjunctorum ex latere.

CIrca successionem conjunctorum ex latere nihil municipalibus hujus Regni legibus cautum comperio præter præscripta Romani juris. In hujusmodi successione igitur controversiæ generatim omnes dirimentur ex jure Romano, quod latius enarravi supra *pag.* 33. *& sequ. tom.* 3. Verum in hac principe Regni Urbe, ejusque terminis in successione cognatorum ex latere ab jure Justinianeo longe recessere majores *in consuet.* 5. *de success. ab intest.* Hi enim unice solliciti, ne a familia discederent defuncti bona, patrefamilias sine liberis decedente, præferri voluerunt proximiores ex parte patris in ejus bonis generatim omnibus, seu ea a majoribus profecta, seu ab ipso defuncto quæsita forent. Proximiores tantum ex parte matris præferri voluerunt in bonis, quæ ab ipsa matre, aut materno latere ad defunctum pervenisse dicerentur. Id etiam placuisse crediderim, ut ad familias, unde discessissent, redirent materna bona. Per consuetudines Neapolitanas igitur, intestato quopiam sine liberis obeunte, in ejus hereditate triplex patrimonium distingui debet, bona scilicet paterni generis, bona a defuncto quæsita sine cognationis intuitu, bona materna denique, aut materni lateris. In primo, & secundo bonorum genere præferri debent proximiores ex parte patris; proximiores ex parte matris in tertio. Ejusmodi bonorum discrimen per solas consuetudines fuit invectum: nam jure Justinianeo, quo utuntur hodie Regni Provinciæ, in hereditatibus cognatorum ex

latere, neglecta bonorum origine, præferuntur cognati defuncto proximiores, quocumque ex latere cognatio proficiscatur. Sed cum Neapolitana isthæc consuetudo magnis controversiis occasionem præbere soleat, eam accuratius enucleare juvabit.

II. Principio consuetudinem ipsam vulgati codices ita exhibent. *Si quis, vel si qua ab intestato decesserit, filiis, seu liberis legitimis non extantibus, tunc proximiores ex parte patris succedunt in bonis omnibus defuncti, præterquam in bonis, quæ obvenerunt eidem defuncto a matre, vel aliquo ex linea materna, in quibus proximiores ex parte matris succedunt.* In bonis igitur generatim omnibus præferri consuetudo jubet proximiores, non quoslibet tamen, sed dumtaxat paterni lateris. Eis tantum bona materna, aut materni generis deferri vetat: in ipsis enim præferri jubet proximiores ex materno latere. Proinde, si de bonis, quæ *antiqua* pragmatici vocant, agatur, ut quis ceteros defuncti cognatos arceat a paternis, maternisve bonis, primo oportet, ut per eam lineam sit defuncto conjunctus, unde in defunctum ipsum pervenere bona; deinde ut in eadem linea defuncto sit gradu proximus, ut recte Napodanus observat ad *d. consuet. n. 164.* Quapropter si ex eadem linea plures sint defuncto cognati, in ejus lineæ bonis eum ceteris præferri oportebit, qui ex ea linea sit defuncto proximus, quo tempore moritur. Ita quidem, si de bonis maternis agatur, ac defuncto superstes sit sobrinus, & uterinus frater, in eis jure proximitatis uterinus frater sobrinum arcebit.

III. Quod autem diximus, in cujusque lineæ bonis ejusdem lineæ proximiores admitti oportere, inquirendum monet, qui cognati tandem ex paterna,

na, aut materna linea vocati censeantur. Exploratum est illud, cognatorum lineam divisisse veteres in rectam, & obliquam; illa descendentes, & ascendentes continet; hæc conjunctos e latere. Verum in præsenti argumento vocabulis a veteribus usurpatis repudium misere pragmatici. Lubentius enim lineam dispescunt in *effectivam*, & *contentivam*. Attamen differentia tantum in verbis est, vis non diversa. Siquidem in effectiva linea contineri ajunt descendentes, in contentiva cognatos e latere. Cum igitur prædicta consuetudo loquatur de decedentibus sine liberis, de linea contentiva necessario debet intelligi. Proinde tamquam ex linea vocati per consuetudinem censeri debent, qui in eadem cum defuncto cognationis linea continentur: Cum igitur fœminæ etiam, earumque liberi in contentiva cognationis linea contineantur, inter proximiores ex paterno latere fœminæ etiam, earumque liberi admitti debent, si ex paterno latere proximiores fuerint. Neque enim civili agnationis vocabulo bona per consuetudinem deferri jubentur; proximiorum vocem usurparunt compilatores, ut non agnati tantum, & per masculos descendentes, sed cognati etiam, & conjuncti per fœminas vocati censerentur. Quapropter si in controversa successione fuerint bona paternæ lineæ, & ex eadem sint mihi superstites amitæ meæ filius, & agnatus aliquis gradu remotior, in bonis paterni lateris amitæ meæ filius, qui ad agnationem meam haud pertinet, præferetur agnato. Conf. Napod. ad *d. consuet. n.* 168.

IV. Ex dictis sat, puto, liquet, nihil aliud in eo requiri, qui in paternis, maternisve bonis præferri postulat, quam ut sit defuncto proximior per eam

co-

cognationis lineam, unde in eum bona pervenerint, seu ille per masculos, seu per fœminas ex familia exortas sit defuncto cognatus. Cum autem consuetudo proximiores admitti jubeat, quoquo gradu conjunctus sit defuncto quispiam per lineam, unde bona profecta fuerint, modo ipse sit proximus, sine discrimine præferri debet. Proinde in manifestaria patrii juris inscitia versantur, qui Carolum de Rosa sequuti ad *consuet. de succefs. ab intest.* hanc regulam vulgo statuunt, ut decernatur, qui tamquam de linea præsentis consuetudinis beneficio uti possint. *Ad sciendum, an quis sit de linea, recurrendum est ad personam antecedentem illam, de cujus linea tractatur, & ab illa persona sumi debet stipes pro formatione lineæ*. Eodem de Rosa interprete, regula eo pertinet, ut, si exempli gratia de Titii successione quæratur in paternis bonis, ad dignoscendum, quinam ejus proximiores sint de paterna linea, recurri oporteat ad ejusdem avum, neque admitti possit quisquam tamquam de linea proximior, nisi descendat ab avo Titii. Ea quidem admissa regula, contra ipsa verba consuetudinis, quæ proximiores generatim vocat, & receptam fori sententiam, angustissimum fieret consuetudinis beneficium. Pone enim in superiori specie, ex Titii avo neminem superesse, sed remotiorem alium, veluti ex Titii proavo, aut atavo prognatum, eum sane tamquam ex Titii avo non descendentem excludi oporteret. Miror in eum errorem impegisse Rapollam in jure Regni privato, quod sub ejus nomine circumfertur, & ex quo sapiunt plerique omnes, qui nescio quo jure Regni se commendantes fucum juventuti faciunt. Falso autem prædicta sententia Napodano tribuitur ad *d. consuet.*

suet. n. 167. *& sequ.* qui neque ibi, neque usquam alibi quid tale docuit.

V. Porro proximitas, qua cognatos ratione lineæ in paternis, maternisve bonis per consuetudinem præferri diximus, ex proxima, non remota bonorum origine æstimari debet. Nam humaniori quidem interpretatione placuit, ut ejus tantum lineæ proximiores admitterentur, per quam bona redierunt in ultimo defunctum, de cujus hereditate agitur. Recte enim scribit Paulus de Castro ad *l.* 3. *C. de bon. quæ liber.* si dubitetur, ex qua linea profecta sint bona, generatim *inspicitur persona immediata, a qua defunctus habuit, non autem mediata*, in eamque sententiam pronunciatum a Sacro Consilio refert Afflictus *decis.* 127. Proinde si qua mulier, cui superstes sit patruus, & uterinus frater, paternæ tantum lineæ bona possideat, atque inde dotem filiæ suæ constituat; obeunte filia sine liberis, in dote a matre profecta præferri oportebit uterinum fratrem, non vero patruum. Cum enim in prædicta specie a matre filia dotem acceperit, inspecta bonorum origine, proximior videri debet dotantis uterinus frater, non vero patruus. Siquidem dos ad bona materna referri debet, quia ab ipsa matre pervenit ad filiam. Conf. Napod. ad *consuet. de succefs. ab intest. n.* 244. Hinc vulgo regulam statuere pragmatici, *qualitatem bonorum respectu lineæ per duplicem manus mutationem amitti.* Bona igitur immutabuntur, si duplicem sint passa successionem. Ita quidem in superiori specie paterna ab initio bona, quia a matre proxime transierunt in filiam, naturam bonorum paternorum exuunt, & in persona filiæ, de cujus hereditate agitur, materna æstimantur. Quæ

sane

ſane regula, & effectus ex ea manantes inde proficiſcuntur, quod proxima bonorum origo, non vero remotior ſpectari debet, ut decernatur, quis inter lineæ proximiores vocatus per conſuetudinem intelligatur.

VI. Neque vero generatim exiſtimandum, naturam ſuam bona per duplicem ſucceſſionem perpetuo amittere. Id quidem obtinet ſine diſcrimine, ſi per liberorum, aut conjunctorum ex latere ſucceſſionem de manu in manum bona tranſierint. Verum ſi, turbato mortalitatis ordine, per liberorum obitum ad parentes ipſos bona redierint, per unicam ſucceſſionem immutatur natura bonorum; eoque caſu *obliquari*, ſeu *curvari* lineam, pragmatici ajunt. Quapropter ſi matri deferatur luctuoſa filiorum hereditas bona paterna tantum habentium, per unicam ſucceſſionem non paterna quidem, ſed materna in perſona matris bona videri debent. In eis igitur, matre mortua, non ſuccedent agnati filiorum proximiores, ſed in materna cognatione proximi: neque enim linea de filio in matrem extendi poteſt, cum diverſa ſit filii matriſque cognatio. Vid. Napod. ad *conſuet.* 2. *de mul. hab. fil. n.* 5. & de Franch. *deciſ.* 25.

VII. Sub titulo de ſucceſſionibus ab inteſtato duæ adhuc conſuetudines proſtant magni quidem uſus in jure patrio. Prior ordine ſexta in vulgatis codicibus ita legitur. *Sed ſi morienti ab inteſtato abſque liberis ſuperſunt frater, ſeu fratres, nepotes, & pronepotes, & in infinitum deſcendentes ex fratre, vel fratribus præmortuis, tunc licet frater ſit in gradu proximior decedenti, nihilominus filii, vel filiæ, nepotes, & neptes, & pronepotes, & proneptes, & alii deſcendentes ex fra-*

fratre , vel fratribus præmortuis , æqualiter succedunt cum fratribus defunctæ personæ , in stirpem scilicet; ita quod , si inter ipsos nepotes , & pronepotes , & deinceps fratrum præmortuorum sint fœminæ , quæ habeant fratres consanguineos, ipsæ mulieres a præmissa successione excluduntur, cum fratres ipsas habeant maritare , ut superius dictum est . Satis constat , ad duo summa capita consuetudinem revocari posse . Primo enim in ea jus repræsentationis extenditur non solum ad fratrum filios , ut ex jure civili obtinet in Regni Provinciis, sed ad nepotes, & neptes etiam, pronepotes , & proneptes , aut deinceps alios . Deinde fœminæ jubentur excludi , si fratres consanguineos habeant . Utrumque argumentum accuratius perpendemus .

VIII. Quod ad primam consuetudinis partem, in ea quidem a jure civili aperte recessere majores . Jure pandectarum scilicet in linea descendentium tantum patebat subingressioni locus . Inde fiebat igitur , ut nepotes quidem , ac deinceps alii admitterentur cum liberis primi gradus ad hereditatem avi ; in obliqua tamen cognatorum linea subingressioni locus haud esset . Proinde veteri Romanorum jure decedente fratre , ab ejus hereditate frater superstes præmortui fratris filios excludebat ex Decemvirali regula , quæ in obliqua linea jubebat proximum remotiori præferri . Primus Justinianus juris veteris rigori præferens æquitatem ad obliquam etiam cognatorum lineam subingressionem extendit , & cum fratre superstite præmortui quoque fratris filios jure repræsentationis admitti jussit . Ne tamen juris antiqui reverentiam omnino negligere videretur , ultra fratrum filios be-

beneficium repræsentationis extendi vetuit, ut latius enarravi supra *tom.* 3. *pag.* 33. §. 1. Verum enimvero in præsenti consuetudine ulterius processere majores. Siquidem, repræsentationis jure producto, subingressionem in obliqua linea extendi voluerunt non solum ad fratrum filios, sed ad nepotes etiam, pronepotes, ac deinceps in infinitum alios ex præmortuo fratre prognatos. Quapropter in Urbe, ejusque territorio, si defuncto superstes sit frater, & nepos, aut deinceps alius ex præmortuo fratre prognatus, nepos, aut deinceps alius a fratre defuncti non excludetur.

IX. Jam vero, cum consuetudo isthæc juri communi deroget, ultra speciem in ipsa definitam produci non debet. Proinde patebit quidem repræsentationi locus, si cum nepotibus, & deinceps aliis frater superstes concurrat: si frater superstes desit, obtinebit consuetudo quinta, & proximi remotiorem excludent. Quapropter si ad hereditatem defuncti concurrant ex altero fratre præmortuo nepotes, pronepotes ex altero, nepotes pronepotibus præferuntur. Hinc recte post Napodanum scribit de Franch. *decis.* 157. amitam, aut materteram alterius amitæ, aut materteræ filiis præferri oportere, in eamque sententiam Sacrum Consilium ibidem pronunciavit. Perperam tamen, si quid video, Carolus de Rosa Napodanum incessit, quia per fratris præmortui filium defuncti patruum excludi negavit *in gloss. de success. ab intest. n.* 22. Cum enim patruus, & fratris filius in eodem, sint defuncto gradu, fratris quidem filius jure repræsentationis præferri non potest, cum, deficiente fratre superstite, repræsentatio locum habere nequeat ex jure civili, vel patrio. In æquo igi-

igitur cognationis gradu patruus, & fratris filius ad fucceffionem æque debent admitti.

X. Altera confuetudinis pars eo pertinet, ut, quoad fieri poffit, in alienas familias per fœminas bona non tranfeant. Ibi enim fubingreffionis extenfio ita temperatur, ut, fi inter fratris filios, nepotes, aut deinceps alios fœminæ quoque concurrant ex eodem fratre progenitæ, fœminæ per mafculos excludantur. Quod igitur hic adverti velim, per confuetudines mafculi fœminis præferuntur, non folum fi de hereditate parentum agatur, verum etiam in obliqua linea, fi ad cognatorum ex latere hereditatem fratres, & forores confanguineæ concurrant. Satis fœminis confultum credidere majores, ubi paragium ex parentum bonis acciperent. Ex bonis parentum inquam; nam ex hereditatibus cognatorum ex latere paragium fœminis dari noluerunt, ubi illud accepiffent femel ex parentum bonis. Quo pertinet vulgatum pragmaticorum illud, *unicum paragium mulieri fufficere, & ex eadem linea duplex paragium non deberi*. Confer, quæ fupra differui *tom. 3. pag.* 55. §. 7. Ceterum præfens confuetudo quidem fœminis mafculos præferre videtur, ubi cum eis defunctus in gradu inæquali fuerit. Ex verbis confuetudinis igitur fratres fororibus præferendi forent, ubi hi tandem ex fratris defuncti perfona fuccederent. Verum ex recta ejus interpretatione latius procedi placuit. Ita enim confuetudo fuit accepta, ut ad fpeciem etiam extenderetur, in qua in æquali gradu cum defuncto fucceffores forent. Hinc ex recepta fententia forores etiam defuncti confanguineæ a fratribus confanguineis excluduntur. Ita vulgo interpretes poft Napodanum ad *confuet. de fuccefs. ab*

inte-

inteſt. n. 299. in eamque ſententiam pronunciatum a Sacro Conſilio tradit ibidem Piſanellus *in gloſſ. vide*. Id autem intelligi velim, non ſolum ſi de bonis antiquis agatur, ſed in bonis etiam ab ipſo defuncto quæſitis, modo in territorio Neapolitano ſint de Franch. *deciſ.* 87. Verum enimvero maſculi fœminis præferentur, ſi conſanguinei fuerint. Si enim uterinus frater defuncto germanus cum uterina concurrat; ſaltem in maternis bonis uterina cum uterino partem facit, & accipit. Per conſuetudines enim origo bonorum, non duplicis vinculi favor ſpectari debet de Franch. *deciſ.* 99. Quod ſi ex diverſo fratre maſculus, & fœmina prognati concurrant; fœmina ob maſculi repræſentationem non excluditur. Fratris igitur filius alterius fratris filiæ non præfertur. Ex jure etiam repræſentationis manat; quod fratris filia per conſuetudines ſorori defuncti ſit præferenda Napod. ad *d. conſuet. n.* 114. Ab ea enim præter gradum ſexus etiam repræſentatur.

XI. In ſeptima conſuetudine ſub titulo *de ſucceſſ. ab inteſt.* ita placuiſſe ſcribitur. *Quod autem dictum eſt in fratribus, nepotibus, pronepotibus, & proneptibus fratrum præmortuorum, & deinceps, eis non extantibus, intelligendum eſt de aliis in ulterioribus gradibus exiſtentibus agnatis, vel cognatis. Et in præmiſſis appellatione fratris ſoror non continetur, præterquam ſi ſoror partem, ut unus ex fratribus, habuiſſet de bonis parentum. Tunc enim ipſa ſoror ejuſdem conditionis eſt, quoad prædicta, ac ſi eſſet maſculus, & ejus filii deſcendentes habentur, quoad id, ſicut filii, & alii deſcendentes ex maſculis*. Teſte Napodano *n.* 286. conſuetudo iſthæc ab initio per compilatores ſcripta non fuit: eam enim juſſu Caroli II. ſuperad-

additam fuiffe fcribit , ut rectæ interpretationi confuetudinis feptimæ fubferviret . Ea fcilicet duo complectitur . Primo enim jus fubingreffionis extendit ad agnatos, vel cognatos ulterioris gradus: deinde in fuperiori confuetudine fratris appellatione fororem contineri negat .

XII. Primo igitur in præfenti confuetudine latius beneficium fubingreffionis extenditur , eoque uti jubentur præter fratrum liberos a remotioribus etiam agnatis , cognatifve progeniti . Proinde in principe Regni Urbe , ejufve terminis fi defuncto fuperftes fuerit patruelis , aut amitinus , & alterius patruelis , aut amitini filius , nepos , aut deinceps alius , jure repræfentationis cum patrueli , aut amitino admittentur in ftirpem ex altero quoque patrueli, aut amitino fufcepti liberi. Hujus tamen confuetudinis occafione addubitari queat , an per eam fubingreffionis beneficium conceffum intelligatur non tantum defcendentibus ex fratribus , qui ex civili computatione in quarto funt gradu , fed etiam prognatis ex fratribus ulterioris gradus , cujufmodi funt fratres, qui fexto gradu ex civili computatione abfunt , quique *fobrini in tertio* vulgo dicuntur. Cum fubingreffionis beneficium confuetudo generatim extendi jubeat ad agnatorum , cognatorumve liberos *in ulterioribus gradibus exiftentium*, inde quidem videtur inferri poffe , eo jure uti oportere non folum patruelium , aut amitinorum liberos , fed eos etiam , qui ex fratribus in gradu ulteriori pofitis prognati fuerint . Verum , hoc femel admiffo , prorfus evanefceret prærogativa gradus per confuetudines fieri juffa. Nam fi cognatus ponatur aliquis in octavo gradu , is quidem ei non præferretur , qui nono gradu a defuncto diftaret con-

tra expressam sententiam consuetudinis quintæ, quæ secundum gradus prærogativam proximiores admitti jubet. Ita igitur fieret, ut per præsentem consuetudinem superiori illi numero quintæ derogatum intelligi oporteret. At pridem post Napodanum monuerunt interpretes, nihil usquam superioribus contrarium in consuetudinibus inveniri. Vid. de Franch. *decis.* 24.*n.*3. & *sequ.* Eo accedit, quod consuetudo isthæc juri civili derogans odiosa videri debeat, ut proinde boni interpretis sit, eam strictius interpretari. Quapropter ex recepta hodie in foro sententia subingressionis beneficium non admittitur ultra descendentes ex fratribus, qui quarto inter se gradu absunt ex computatione civili. Proinde si controversia sit inter fratres, quos *in tertio* vocari diximus, & aliorum fratrum itidem in tertio liberos, ex regula consuetudinis quintæ proximi remotiores excludent. At vero ultra fratrum liberos, qui quarto gradu inter se jure civili distant, non solum beneficium subingressionis cessat, sed sexus quoque prærogativa. Proinde si proximiores defuncto superessent fœminæ, & masculi, qui ex civili computatione sexto gradu a defuncto abessent, quia ad eam speciem consuetudinem produci non oporteret, Sacrum Consilium ex jure civili fœminas per masculos excludi vetuit. Vid. de Marin. *resol.* 2.*c.*208. *n.* 16. Ceterum quod de extenso jure subingressionis diximus, id quidem obtinet, si cum fratrum aut consanguineorum, aut patruelium, amitinorumve liberis superstes frater concurrat. Si enim fratre nullo superstite concurrat ex altero fratre filius, ex altero nepos, ea quidem in specie ex recepta fori sententia fratris filius proximitatis jure nepotem excludet de Franch. *decis.* 157.

XIII. Po-

XII. Poftrema in parte confuetudinis feptimæ compilatores ajunt, cum de beneficio fubingreffionis agitur, appellatione fratris fororem non contineri. Regula autem ifthæc non folum fororibus ipfis, fed earum etiam liberis generatim nocet. Per eam enim a fororibus fufcepti liberi fubingreffionis beneficio carere jubentur, fi concurrant fratres, eorumve filii. Eadem tamen regula liberis a forore prognatis infefta ipfi forori emolumentum aliquando affert. Pone enim, germanam fororem fupereffe defuncto, & ex prærepto germano pronepotem, pronepos ifte a forore excludetur proximitatis jure, quamvis is alias cum ipfo defuncti germano fuccederet. Quia enim in præfenti fpecie germanus defuncto non fupereft, pronepos fubingreffionis beneficio caret: ubi enim de fubingreffione agitur, appellatione fratris foror non continetur. Vid. de Rof. ad *confuet. de fucceff. ab inteft. n.* 627. Eamdem ob regulam receptum eft, ut, fi defuncto fuperftes fit foror, & ex prærepta forore pronepos, aut deinceps alii, fubingreffionis jure ceffante, prædictos præmortuæ fororis liberos fuperftes foror excludat Reg. de Pont. *conf.* 40. *n.* 16. *vol.* 1. Cum enim appellatione fratris foror non contineatur, res tranfigetur jure Romano, ex quo, ut fupra vidimus, ultra fratrum, fororumve liberos primi gradus, non datur repræfentationi locus.

XIII. Quod autem diximus, fororum liberos cum fratribus defuncto fuperftitibus beneficio fubingreffionis uti non poffe, producere ipfa confuetudo vetat, fi ii ex forore prognati fuerint, quæ jus mafculi fuerit adepta, quam pragmatici *mafculeatam* vocant. Cum enim ejufmodi mulier jure mafculi cenfeatur, ex jure tranfmiffo ejus quo-

F 2 que

que liberi fictione juris tamquam susceptì per masculos ad hereditatem cum fratre defuncti debent admitti. Quapropter, si defuncto superstes sit frater, & duarum sororum liberi, quarum alterutra tantum masculeata fuerit, liberi quidem masculeatæ sororis cum fratre defuncti admittentur, neutiquam vero ex ea prognati, quæ jus masculi non fuerit adepta. Verum enimvero tamquam ex masculo nati quidem finguntur sororis masculeatæ liberi, si cum defuncti fratre concurrant. Verum si cum sororis masculeatæ filiis, nullo fratre defuncto superstite, filii quoque concurrant ex sorore non masculeata progeniti, ex sorore masculeata suscepti filii præferri non debent. Masculeatio enim in fratris pœnam, qui dotem sorori dare neglexerit, per consuetudines recepta fuit. De medio igitur sublato fratre, res transigetur jure Romano, neque sororis masculeatæ filii sobrinis suis præferri debent. Cum enim ea species per consuetudines non definiatur, consuetudines suopte quidem ingenio stricti juris a casibus expressis ad omissos extendi non debent. Eo pertinet Pauli illud *in l. 14. ff. de legib. quod contra rationem juris receptum est; non est producendum ad consequentias*. Conf. de Franch. *dedis.* 412.

XIV. Nunc definiamus, oportet, an, quæ de intestatorum successione per consuetudines præscripta vidimus, in clericis etiam servari debeant. In ea re pragmatici fere omnes distinguendum pronunciarunt, num ipsis clericis succedendum esset, an ad alienas hereditates clerici admittendi forent. Quod ad primum, cum post Napodanum vulgo docuissent, clericos per consuetudines non obligari, iisque privilegia tantum per Principes concedi posse, huic doctri-

doctrinæ consonum videbatur, secundum præscripta consuetudinum clericorum hereditates deferri non oportere. Verum per pragmaticorum euremata eodem alia via perventum: oblique enim eo rem perduxerunt, ut ex præscripto quoque consuetudinum agnati, vel cognati proximiores clericorum hereditatibus potiri possent. Nam ex compacto veluti docuerunt, ipsos quidem clericos consuetudinibus non obligari, clericis tamen de medio sublatis, ipsorum bona clericalem qualitatem statim exuere; ea igitur post clericorum mortem diverso jure censeri non oportere, quam cetera laicorum bona in territorio Neapolitano sita. Ita passim doctores post Napodanum ad *consuet. de successf. ab intest. n.* 248. Eo accedere crediderunt, quod ipsorum clericorum consensu eorum hereditates secundum consuetudines deferendæ viderentur; clericos enim sine testamento mortuos eos vocasse præsumendos esse, qui per consuetudines admittendi forent. Tot ambagibus opus, ut ex præscripto consuetudinum clericis succedi posset. Quod si ipsi clerici proximi successores essent, ad servandam æqualitatem secundum præscripta quoque consuetudinum clericos admittendos esse censuerunt: quam opinionem *communissimam*, & *auctorizatam* a doctoribus vocari scribit Carolus Antonius de Luca ad *decis. de Franch.* 411. *n.* 8. Verum hodie his tricis haud opus. Nam per literas Ferdinandi IV. fauste regnantis anno superiori scriptas clerici perinde, ac reliqui cives, consuetudinibus subesse jussi. Ut igitur hodie præter consuetudines clerici testari nequeunt, ita earum quoque commodo uti non prohibentur.

XV. Quod ad monachos, eorum bona omnia ad monasteria pertinere voluit Justinianus, si ante

 re-

regulæ professionem de rebus suis secus non statuissent *novell.* 5. *c.* 5. Si quis vero liberos suscepisset, antequam monasterium sequeretur, ei quidem inter liberos bona dividere concessit; verum, persona parentis in divisione connumerari jussa, ab eo partem retineri voluit, quæ ipsi monasterio acquireretur. Quod si, nulla divisione facta, decessisset in monasterio parens, legitimam tantum ad filios pertinere voluit, monasterio reliquum addici jussit *novell.* 123. *c.* 38. unde *auth. si qua mulier, aut vir*. Verum hæ Justiniani constitutiones pessimo publico scriptæ vix usquam Gentium obtinuerunt, aut certe eis derogatum intelligitur per renunciationes fieri solitas in die votorum. Cum igitur ex receptis moribus monachi, aut moniales de rebus suis ante vota renunciando decernant; quod autem post professionem acquirunt, ad monasterium pertinere credatur; monachorum hereditas, cum privatim nil possideant, in controversiam venire nequit. Id unum igitur addubitari potest, an monachi, vel moniales, si nulli proximiores sint, ad alienas hereditates sint admittendi. In ea re passim distinxere doctores, num vota ii nuncuparint in monasterio, quod capere in communi possit, an in eo, quod per instituti leges capere in communi vetetur. Si monasterium capere in communi nequeat, post Napodanum ad *consuet. de succession. ab intest. n.* 260. *& sequ.* vulgo statuere doctores, si monachus, aut monialis proximiores defuncto sint, locum fieri remotiori laico, tanquam si monachus, aut monialis de medio sublati forent. Sin monasterium capere in communi queat, per consuetudines quidem monachum, monialemve negarunt admitti oportere: quemadmodum enim monachos consue-

tudi-

tudinibus exemerunt, ita ad servandam æqualitatem earumdem commodo eos jusserunt expertes esse. Ne tamen monasteriis infesti viderentur, quod eodem redditurum videbant, ex jure Romano ceteris remotioribus moniales, aut monachos prætulere; per eos autem licet invitos ipsis monasteriis hereditates deferri statuerunt de Franch. *decis.* 40. Cum tamen hodie per Regias literas anno superiori scriptas loca pia acquirere res soli nequeant, si in hereditate res soli fuerint, eæ saltem monasterio non deferentur.

XVI. Quod tamen diximus, ex persona monialis, aut monachi monasterium admitti posse, id quidem obtinet, si renunciatio in die votorum ab ipsis fieri solita *realis* haud fuerit. Scilicet aliquando renunciatio *personalis* est, eaque certis tantum personis renunciatum intelligitur: proinde *translativam* quoque ejusmodi renunciationem pragmatici vocant, quia per eam in certas tantum personas jus renunciantis transfertur. Iis igitur deficientibus, renunciantis jus reviviscens ad monasterium redire potest. Contra aliquando renunciatio *realis* est, eaque fieri videtur, cum ex omni capite edicti successorii successioni renunciatur, nimirum edicto *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*. Si ita renunciatum dicatur, renuncians se de medio tollit, & effectu juris videtur extingui. Proinde ejusmodi renunciatio *extinctiva* etiam dici solet. Ubi ita renunciatum fuerit, monasterio per monachum successio deferri nequit. Diversos realiter renunciandi modos accurate prosequitur Carolus Antonius de Luca ad *decis. de Franch.* 375. Verum de Marinis ad *decis. Reverter.* 481. existimat, uno tantum modo realiter renunciatum intelligi, si exempli gratia

 quis

quis in renunciatione dicat, *se nullo casu petiturum successionem, ac, si sibi deferatur hereditas, remotiores præferri velle*. Id tamen perperam dictum crediderim. Saltem in dubio renunciatio realis existimari debet. Neque enim præsumi potest, vota nuncupantes homines, ac rerum humanarum illecebris ultro se eximentes, res avitas cum familiæ detrimento ad monasteria redire velle. Sane ita in re dubia pronunciavit Sacrum Consilium apud de Franch.*decis.*475. Cum igitur in dubio renunciatio realis videri debeat, vix umquam hodie monasteriis per monachos hereditates deferri possunt.

XVII. Quod ad eos, qui extra justas nuptias suscepti fuerint, in re successoria nihil Regni legibus cautum invenio. Eorum igitur controversiæ in Regni Provinciis definientur ex jure Romano. Jure civili extra legitimum matrimonium prognati liberi patrem certum effectu juris ciere nequeunt; patri igitur, ceterisque conjunctis ex paterno latere succedere prohibentur. Cum per consuetudines de injustis liberis nil singulare sit cautum, in ipso territorio Neapolitano patri, ceterisque per patrem conjunctis ii succedere nequeunt. Cum vero mutuum esse debeat jus succedendi, ne pater quidem naturalibus sine cognatis mortuis succedere potest; ei enim fiscus præferri debet, nisi pater, aliusve per patrem conjunctus cum fisco transigat. Vid. de Ros. ad *d. consuet. in alleg. post n.* 434. Contra cum ex Prætoris edicto, & novissimis Justiniani legibus naturales liberi jure cognationis utantur cum matre, ceterisque conjunctis ex materno latere, filii naturales in Regni Provinciis non tantum matri succedunt, sed conjunctis etiam ex materno latere, si alii proximiores desint. Idem in

Urbe

Urbe servandum Napodanus edixit ad *consuet. de success. ab intest. n. 169.* Verum id quidem admiserim, si de maternorum cognatorum ex latere hereditate agatur. Si enim de matris, maternorumve parentum hereditate sit controversia, injustos liberos in Urbe excludendos existimarim. Decretoria mihi videntur verba consuetudinis 5. *de success. ab intest.* Sic enim ibi compilatores. *Si quis, vel si qua ab intestato decesserit, filiis, seu liberis legitimis non extantibus, proximiores ex parte patris succedunt.* Sane ex verbis consuetudinis injusti liberi non solum a paterna, sed a materna hereditate quoque videntur arcendi. At vero ad feuda licet materni lateris naturales non admittuntur, quia successio ex parte edicti *unde cognati* jure feudali recepta non fuit. Vide Rosenth. *de feud. conclus.* 19.

Excursus III.

De pactis successoriis.

DE pactis successoriis frequentissimae hodie in foro lites; nusquam tamen in institutionibus ea memorata. Juvabit igitur, sigillatim hic edisserere, quatenus ea sint admittenda cum jure Romano, tum ex receptis fori sententiis. In praesenti autem argumento mira doctorum dissidia. Alii enim pacta isthaec successoria jure civili generatim omnia improbari statuunt; contra alii eodem jure civili ea confirmari pronunciant. Id inde factum, quod horum pactorum diversa genera non distinxerunt interpretes, ut recte praeter alios monuit Strykius *in dissert. de pact. success. c.* 12. Proinde, ne

ne cum vulgo doctorum erretur, de hiſce pactis pro cujuſque diverſitate diverſe reſponſitandum. Pactorum vero ſucceſſoriorum ſumma diviſio eo redit, quod iis vel *de tertii viventis*, vel *de unius ipſorum paciſcentium hereditate* conventio ineatur. Generatim igitur definiri poſſunt *conventiones de hereditate viventis*. Pactis autem ita initis vel paciſcentes conveniunt, quomodo aut tertii alicujus, aut unius ex paciſcentibus hereditas deferri debeat; aut inter paciſcentes aliquis remittit jus ſucceſſionis ſibi quandoque in aliena hereditate competens. Priora quidem pacta *affirmativa*, poſteriora *negativa* dictitare doctores ſolent, atque *renunciationes* etiam vulgatiori vocabulo. Quapropter, ut apte procedat ſuſcepta diſputatio, quod ejus rei videbitur, duobus capitibus exequemur, quorum altero de pactis ſucceſſoriis affirmativis, altero de negativis agemus.

CAPUT I.

De pactis ſucceſſoriis affirmativis.

PRincipio perperam vulgo ſtatuere doctores, pacta ſucceſſoria affirmativa naturali honeſtati adverſari ob turpitudinem iis inhærentem inſidiandi rebus alienis. Id illis venit in mentem, quia inhiantes per præmaturas pactiones rebus alterius ejuſdem mortem quoque plerumque captant. Verum enimvero ſi rem ipſam non ex acceſſionibus, ſed ex ingenua ipſius indole æſtimare velimus, veroſimilius fortaſſe dixeris, pacta iſthæc ſua ſponte naturæ non adverſari. Sane ejuſmodi pactiones omnis ævi ſcriptores inhoneſtas eſſe crediderunt ob feſtina-

natam de alterius successione sollicitudinem, & votum alienæ mortis, quod heredipetæ festinato paciscentes plerumque fovent. Id ipsum tamen argumento est, successorias per se pactiones nil turpe complecti, si accessio isthæc captationis absit. Ita quidem si duo dementis germani fratres bona mente de ejus hereditate transigant, quæ serius ocius ad ipsos sit reditura, germano in dementia decedente, ejusmodi pactum inhonestum existimari non debet, cum in eo captatio non intercedat. Proinde non pactum ipsum, sed tantum captationis accessio honestati naturali repugnat.

II. Jam vero ne quid a me temere dictum existimetur, ipsi Jurisconsulti veteres honestatis naturalis religiosi cultores pacta isthæc natura sua inhonesta non censuerunt. Ut enim infra liquebit, successorias pactiones ratas habendas pronunciarunt, si ejus, de cujus hereditate pacti contrahentes forent, consensus accederet. Atqui in iis de successione pactionibus potissimum metui poterat mortis alienæ captatio. Frequentius enim mors ejus captari solet, qui pactis accessit de sua hereditate initis, quia per ipsius ratihabitionem de eventu pacti certiores sunt contrahentes. Superest igitur, ut dicamus, si qua pacta successoria, *affirmativa* quæ vocant, sunt interdicta, mero jure civili interdicta videri; ea autem jus civile prohibuisse, quia plerumque homines festinatam ejus mortem optare ament, cujus hereditatem spe jam vorarint per præmatura pacta. Quod autem Papinianus ait *in l. 29. §. 2. ff. de donat.* qui per ejusmodi contractus ad alienas hereditates sibi viam muniunt, *adversus bonos mores, & jus Gentium festinare*, id non eo pertinet, quasi successoriæ pactiones pri-

mæ-

mævo jure Gentium prohibitæ revera fuerint, sed eo potius, plerarumque Gentium institutis eas interdictas esse. Quo sane modo sæpiuscule veteres loquutos esse, ostendit Pufendorfius *de jur. nat. & Gent.* 2. 3. 23.

III. Jam vero per pacta isthæc aut de hereditate tertii pactionem contrahentes ineunt, aut de unius ex paciscentibus hereditate transigunt: Si in prioris generis hereditatibus pacta versentur, paciscentes plerumque conveniunt de legibus a se observandis in hereditate tertii dividenda, si ad ipsos pertinere cœperit. Ubi de ejusmodi hereditatibus pacti contrahentes sint, jus civile distingui jubet, num tertius ille, de cujus hereditate agitur, certa, an incerta persona sit. Quod ad pacta de incertæ personæ hereditate a contrahentibus inita, ejusmodi conventionem ratam haberi Jurisconsulti censuerunt, ac pacta conventa servanda pronunciarunt, ubi paciscentibus delata foret hereditas *l.* 3. §. 2. *ff. pro soc.* Proinde, si cum socio meo paciscar, ut quæcumque hereditas alterutri delata fuerit, inter nos æque dividatur, nihil ex jure proferri potest, cur ejusmodi pactum illicitum existimari debeat. Si enim in conventione paciscentes de certa persona non cogitent, alienam mortem captasse præsumi nequeunt, quo quidem nomine pacta successoria alias illicita haberi jussit Justinianus in celeberrima *l. ult. C. de pact.* Id autem admitti debet, si ejusmodi pactiones a contrahentibus bona fide fiant. Si enim certæ personæ mentionem, quam mente intelligunt, dolose reticeant paciscentes, ne irritæ pactiones sint, dolo comperto, pacta in fraudem legis inita improbari debent, ut recte monet Baldus ad *d. l. ul. ult. C. de pact.*

IV.

IV. Quod ad pacta successoria, quæ de certæ personæ viventis hereditate fiunt, ea quidem, tamquam eventus tristissimi, & periculosi plena jus vetus etiam prohibuisse narrat Imperator *in d. l. ult. C. de pact.* Cum tamen ab advocatione Cæsariensi dubitaretur, an quædam ea de re pacta prohibita intelligi oporteret, ea generatim omnia irrita pronunciavit Justinianus *d. l. ult.* Id ita Imperatori placuit, quia pacta isthæc de tertii ignorantis hereditate odiosa mortis captatio comitari solet: est enim exploratum, alterius hereditati festinato inhiantem ejusdem plerumque & mortem appetere. Neque vero ex dicta constitutione interest, quis sit ille tertius, sive extraneus, sive parens, sive filius, aut cognatus alius, quo intestato mortuo ad paciscentes ipsos hereditas sit reditura. Nullum etiam discrimen erit, seu de tota hereditate, seu de parte tantum bonorum transactum a paciscentibus fuerit, ut late probat Strykius *in differt. de pact. success. c. 2. §. 9. & sequ.* Recte autem ex *d. l. ult.* cum doctoribus inferas, non tantum irrita existimari oportere pacta de certæ personæ hereditate inita, sed ceteros quoque contractus ex tertii viventis hereditate pendentes, veluti si de tertii viventis hereditate constituta dos fuerit, aut de hereditate ad nos reditura donatio fiat. Ita enim ibi Imperator *neque donationem talium rerum, neque hypothecas esse admittendas, neque alium quemqnam contractum.* Quibus quidem verbis facile mihi suadeo, inutile etiam legatum existimandum esse ab eo relictum, qui ex hereditate ad se perventura leget. Neque mirum id videri debet, cum ipsa sententia judicis in bonis tertii viventis lata irrita jubeatur esse *arg. l. 4. C. de postlim.* re-

reverf. & viventis hereditatem fruftra vendi fcribat Pomponius *in l.* 1. *ff. de heredit. vel act. vend.* Pactum autem de viventis hereditate tanto odio jus civile profequitur, ut non folum id irritum haberi jubeat, fed ipfa etiam hereditate pacifcentes multet, fi quando ea ipfis delata fuerit. Ea igitur a fifco vindicari poterit, fi ante mortem tertii pacti non pœniteat contrahentes *l.* 2. §. 2. *ff. de his, quæ ut indign. aufer.*

V. Quod diximus, de hereditate tertii fruftra pacifcendo tranfigi, id quidem intellige, fi tertio infcio, & pacta non approbante, de ipfius fucceffione pactiones ineant contrahentes. Si enim tertius ille pactis de fua hereditate initis affentiatur, ejufmodi fane conventiones ratas haberi juffit Juftinianus *d. l. ult. C. de pact.* Tertii vero confenfus non ita quidem interponi debet, ut ipfemet cum pacifcentibus de hereditate fua pactiones ineat: ubi enim id fieret, non de tertii quidem hereditate, fed de unius ex pacifcentibus fucceffione negotium effet, de qua fpecie infra in §.7. *& fequ.* Ut enim præter alios Baldus obfervat ad *auth. hoc amplius. C. de fideicom. n.* 10. ratæ contrahentium pactiones erunt, fi tertius ille permittat, neque requiritur, ut ipfe quoque promittat. Ceterum cum *in d. l. ult.* Juftinianus nudum confenfum, non auctoritatem requirat, fine difcrimine ratæ pactiones erunt, feu ab initio tertius pactis fuerit affenfus, feu eadem poftea rata habuerit, ut recte monuit Antonius Faber *in C. libr.* 2. *tit.* 3. *defin.* 10. Verum enimvero ex fola tertii fcientia, ejufque filentio confenfus inferri non poteft. Saltem certior a pacifcentibus tertius fieri debet: fi is de negotio tranfacto monitus non contradicat, confenfiffe tandem videri

ri poterit, ut recte statuit Faber *loc. cit.*

VI. His ita constitutis, videamus, oportet, quem effectum jure civili pariant de hereditate tertii cum ejus assensu pactiones initæ seu respectu tertii, seu ipsorum paciscentium etiam. Primum omnium quod ad tertium, qui ejusmodi pactiones ratas habuerit, ejus consensu id tantum factum intelligetur, ut pacta de sua hereditate inita festinata videri non debeant, & a turpitudine captatæ mortis alienæ purgentur. Cave tamen, existimes, per ejusmodi pacta in tertii hereditatem contra voluntatem ejus paciscentibus jus ullum parari posse. Cum enim pacta isthæc tacitam conditionem habeant, *si paciscentibus deferatur hereditas*, conditione tandem existente, actionem ex pacto præstare poterunt *d. l. ult. C. de pact.* Proinde non expressa tantum, sed tacita quoque revocatione tertii pacta perempta intelligentur. Quapropter nulla ratio pactorum habebitur, si contra pactionum leges de rebus suis aut inter vivos tertius ille statuat, aut ultima voluntate secus, ac pacti contrahentes fuerint, heredes scribat seu paciscentes ipsos, seu extraneos etiam, ut ex *d. l. ult.* passim doctores inferunt. Atque is quidem effectus pactorum erit respectu tertii, si, ipso consentiente, transactum de ejus hereditate fuerit. Quod ad ipsos autem paciscentes, si tertius ille in eadem voluntate decesserit, pactorum is erit effectus, ut a pactis resilire nequeant, sibique delatam hereditatem secundum pactiones in transactione initas dividere debeant *d. l. ult. C. de pact.* Qua quidem in re recte ibidem monuerunt interpretes, pacta de tertii hereditate inita respectu contrahentium non personalia, sed realia æstimari oportere.

Proin-

Proinde pactorum legibus non solum contrahentes ipsi, sed eorum heredes etiam ex contractuum vulgata regula obstringentur.

VII. Quod ad pacta de unius ex paciscentibus hereditate interponi solita, celeberrimæ in eo genere pactiones sunt *de conservanda*, aut *acquirenda* unius ex paciscentibus hereditate, quas proinde *pacta conservativa*, aut *acquisitiva* non inepto vocabulo doctores appellitant. Principio pacta conservativa vocant interpretes, quibus imminentem ademptionem hereditatis, quæ nobis alias deferenda esset, paciscendo avertimus. Ejusmodi vero pacta interponi solent vel ad præcavendam delicti pœnam, vel statuti rigorem. Ita quidem si quid filius deliquit, quapropter exheredari juste possit a patre, cum patre filius pacisci potest, ut noxam sibi remittat, eoque nomine se exheredem non scribat. Quo sane casu utile pactum existimari debet, &, crimine jam remisso, filium parens exheredare non potest. Itidem si per statutum ab hereditate fœminæ arceantur, quemadmodum usuvenit Regni Neapolitani jure, utiliter filia cum parente paciscitur, ut, eo sine testamento mortuo, ipsa cum masculis æque succedat. Eorum autem pactorum fundamentum doctores inveniunt in jure Romano. Nam ex jure civili pater filium emancipans per fiduciæ pactum jus retinebat succedendi filio emancipato, cujus hereditas, fiducia non interposita, emptorem imaginarium ex rigore juris alias sequi debebat. Vide, quæ supra disserui *tom.* I. *tit.* 12. §. 7.

VIII. Quod ad pacta acquisitiva de unius ex paciscentibus aut certis bonis, aut hereditate acquirenda, in eo argumento celeberrimi usus est pa-

pactum, quod in nuptiis coeundis inter conjuges iniri solet. Sæpe enim cum alibi, tum præsertim in Regno Neapolitano eam in tabulis nuptialibus sponsi pactionem ineunt, ut conjux superstes in alterius decedentis aut certa bona, aut hereditatem succedat. Quod tamen de pactis inter conjuges differemus, ad pacta etiam inter alios inita transferri nil prohibet. Pacta autem isthæc vulgo distinguunt interpretes in *simplicia*, & *mixta*. Simplicia rationem contractus habent, & per ea veri ri contractus titulo res certæ tantum post mortem promittentis in conjugem superstitem transferuntur. Mixta ad ultimam voluntatem magis accedunt, & per ea aut tota hereditas, aut certa ejus portio conjugi superstiti promitti solet. Jure quidem civili inter pacta isthæc discrimen olim apud Romanos erat. Pacta enim acquisitiva simplicia & frequenter inter sponsos interponi solebant, & per leges non improbabantur. Nam Paulus diserte scribit *in l.* 12. *ff. de pact. dotal. si pactus sit pater, ut, mortua in matrimonio filia, dos apud virum remaneret*, pactum servandum esse, licet ex matrimonio filii suscepti non fuerint. Ibi sane Jurisconsultus viro tantum favorabile pactum edisserit; eadem pacta tamen in favorem mulierum etiam sæpius iniri solita, evincit institutum donationum propter nuptias. Ejusmodi enim donationes eo etiam pertinebant, ut secundum pacta dotalia res ita donatæ aut omnes, aut ex parte saltem mulieri superstiti acquirerentur. Vide quæ supra disserui *de donat. propt. nupt. t.* 2. *pag.* 132. Contra pacta mixta, quibus universali titulo tota quidem hereditas, ejusve pars quotacumque alterutri conjugi promitti solet, nusquam in jure civili proban

 tur-

tur. Ita enim promittens obliqua via contra jus publicum testamenti factionem sibi videbatur adimere. Hinc si in dotalibus tabulis placuerit, ut, muliere mortua, bona ejus omnia redeant ad virum, inutile videri pactum rescribunt Imperatores *in l. 5. C. de pact. convent.* Neque id mirum videri debet. Nam ipse pater nupturæ filiæ hereditatem suam in nuptialibus instrumentis frustra promittere censebatur *l. 15. C. de pact.*

IX. Ita quidem apud veteres jus fuerat olim. Verum moribus hodiernis, cum pactorum fides sanctior esse jubeatur, non solum rata censentur pacta inter conjuges acquisitiva simplicia, sed mixta quoque Fab. *in Cod. libr. 5. tit. 9. defin.* 8. Proinde, si in dotalibus instrumentis placuerit, ut mulieri superstiti tota viri deferatur hereditas, ejusve pars quotacumque, ea, viro mortuo, titulo universali succedet, & vices heredis aget. Ejusmodi autem heres, cum pactitius sit, & ex conventione jus suum agnoscat, *contractualis* appellari solet apud Gallos, ut observat idem Faber *loc. cit.* Licet autem hodierni mores pacta etiam acquisitiva mixta receperint, eadem tamen a simplicibus diverso jure censentur. Cum enim pacta simplicia rationem contractus habeant, ceterarum pactionum ritu sine mutuo paciscentium consensu revocari nequeunt. Contra, cum pacta mixta parum ab ultima voluntate absint, per dissensum unius infirmari non prohibentur. Quæ sane in ejusmodi pactis differentia non solum accuratioribus doctoribus se commendavit, sed tamquam recepta sententia passim in foro obtinet. Vide Stryk. *de pact. success. c. 5. §. 41.* Hinc igitur argumento petito, pacta revocare non prohibetur parens, quibus certam hereditatis partem libe-

liberis prioris matrimonii promisisse dicetur. De se autem, non de legibus queri debent illi, in quorum gratiam pacta isthæc sint interposita, cum pacto potius simplici sibi promitti non caverint.

CAPUT II.

De pactis successoriis negativis, seu renunciationibus.

RENUNCIANDI vocabulum tantum rebus præsentibus accommodavere veteres, nec usquam in vetustatis monumentis legas, renunciasse quempiam juri futuro. Sane sexcenties dixere veteres, per heredes renunciatum hereditati, nusquam deferendæ tamen, sed ei tantum, quæ delata jam foret. Verumtamen hodie, postquam pactorum fidem religiosius servare insuevimus, promiscue doctores ajunt, renunciari juribus, & hereditatibus seu jam delatis, seu deferendis. Ceterum jure quidem civili, ut de viventis hereditate quidpiam repromitti non licuit, ita deferendæ hereditatis etiam renunciatio per leges improbabatur. Ut enim observat Bartolus ad *l. qui Romæ.* renunciatio isthæc continet pactum de futura successione in favorem ejus, cujus gratia renunciatio facta dicatur. Igitur, ut pacta cetera de viventis hereditate inita, ea quoque renunciatio prohibita olim per leges erat. Verum enimvero, reviviscente in Europa Romana jurisprudentia, nihil hereditatum aliquando deferendarum renunciatione frequentius. Præter invalescentes mores a Romanorum institutis diversos, & civiles cujusque populi causas, ejusmodi renunciationes mire promotum ivit Bonifacius VIII.

in c.quamvis.de pact.in sext Is enim pactum servandum edixit, quo filia, accepta dote, futuræ parentis hereditati jurato renunciasset. Licet autem id rescriptum aperte contrarium juri civili foret, passim receptum est tamen. Tunc enim temporis ex communi sententia pragmaticorum invaluit, jusjurandum servari oportere, quamvis negotio accederet jure civili vetito, modo per se negotium nihil complecteretur juri naturæ, Gentiumve contrarium: quasi vero per sacramenti religionem Christianarum provinciarum saluberrimæ leges impune possent everti. Ceterum cum a Principibus Neapolitanis Bonifacii VIII. collectio nunquam recepto ritu probata fuerit, ejusmodi renunciationes moribus potius, quam scripta Pontificis lege apud Neapolitanos receptas existimarim. Proinde sine juramenti vinculo ratas etiam apud nos ejusmodi renunciationes habendas crediderim. Ipsis enim pragmaticis non diffitentibus, sacramento renunciationes muniri placuit, ut per ejus accessionem rite consisterent, quia alias jure civili vetabantur: atqui ex receptis Regni moribus hodie renunciationes hereditatum deferendarum non prohibentur. Aliunde promiscuus jurisjurandi usus in rebus extrajudicialibus palam pugnat cum Christi præcepto apud Matth. 5. 34. neque video, cur levissimis quibusque de causis sanctissima sacramenti religio sit adhibenda. Verum nihil ad edictum isthæc. Nos, ut apte procedat oratio, primum de renunciationibus fœminarum, mox & masculorum agemus.

II. Vetustissimis Regni moribus apud Neapolitanos invaluit, ut vota in monasteriis nuncupaturæ virgines, aut nupturæ mulieres in fratrum gratiam parentum hereditati renuncient. Accepta qui-

quidem dote seu nubentium, seu monialium, quam *de paragio* vocant, fœminæ renunciare solent; verum recte monent accuratiores interpretes, sine dote quoque renunciationem ratam haberi oportere. Ut enim supra prævertimus *tom. 3. pag. 59.* cum mulieres secundum paragium collocari jus Regni jubet, id potissimum spectat, ut secundum generis honestatem mulieres honeste collocentur. Id igitur si fuerit impletum, & juribus sibi deferendis, quo tempore parentes obeunt, mulier jurata renunciarit, ab ipsorum hereditate debet arceri. Neque enim in ea specie mulieris læsio timeri potest, quasi dote carens illocabilis fiat. Quid enim si sola muliere sponsus se contentum dixerit, aut ita comparatum sit monasterium, ut virgines egere non sinat? In eam sane sententiam procliviores videntur præter alios Covarruvias ad *d. cap. quamvis*. Giphan. *de renunc.* 2. Fachin. 3. *contr.* 24. & novissime Strykius *de pact. success.* c. 10. §. 24. Ceterum ad jurgia in ea re præcavenda pridem apud Neapolitanos invaluit, ut in tabulis nuptialibus viri damni infecti caveant parentibus, fratribusve sponsæ non tantum uxoris, sed & liberorum ex ea suscipiendorum nomine. Ita autem cautione præstita, si quid paragii, aut læsionis causa mulieri præstiterint jussu judicis parentes, aut fratres, eos indemnes pecunia sua servare vir ipse cogetur. Quod si in nuptiis ineundis sponsus promittat, se effecturum post matrimonium, ut prædicto ritu renunciet uxor, adhuc vir obligabitur, neque audietur, si dicat, se renunciationem uxori frustra suasisse. Quam quidem sententiam constanter sequi tribunalia consuesse narrat de Franch. *decis.* 624. Vide de Marin. *resol. jur.* 1. *c.* 298. *n.* 9.

III. Ceterum si læsionis obtentu renunciationem mulier rescindi postulet, & in dotalibus instrumentis prædicta cautio sit omissa, primo interesse putarim, num pater ipse, an frater matrimonium mulieri conciliarit. Si enim a patre ipso conciliatæ sint nuptiæ, conqueri mulier de judicio paterno non debet, quamcumque dotem ei constituerit. Quam optime enim poterant, filiabus consuluisse parentes præsumi debent, neque eis calumnia facessenda, licet petitionis tempore auctæ parentis facultates dicantur. Cum enim renunciatio contractus sit, quoties de læsione quæritur, non ex futuro eventu, sed ex ipso renunciationis tempore de læsione pronunciandum *l.* 12. *C. de inoff. test.* Quam quidem sententiam quamplurimæ res judicatæ firmant apud Merlinum *controvers. forens. c.* 3. *n.* 4. Deinde, si quando læsionis intuitu renunciatio rescindi petatur, quæ, parente mortuo, fratribus facta fuerit, maxime interesse crediderim, utrum in monasterio professæ virgines, an matrimonio collocatæ mulieres renunciationem rescindi postulent. Si enim de virginibus agatur, quæ in monasteriis se Christo devoverint, eæ quidem ad rescissionem admitti non debent, licet enormissime læsæ dicantur. Neque enim æquum videtur, ut quæ paupertatem ultro fuerint amplexæ, divitiarum causa molestiam cognatis creent, ut late ex rebus judicatis, & auctoritate doctorum ostendit Merlinus *d.c.*3.*n.*12.*& sequ.* Quo quidem argumento facile etiam mihi persuaserim, renunciationes a monialibus fieri solitas non personales, sed reales in dubio videri oportere post de Franch. *decis.* 375. & Rovit. *consil.* 43. *n.* 7. præter sexcentos alios, quos passim pragmatici congerunt.

IV. At-

IV. Atque ita quidem res transigenda videtur, si a monialibus facta renunciatio rescindi petatur. Ubi tamen id postulent maritæ fœminæ, in ea re quidem lites inextricabiles, & ipsa rerum judicatarum auctoritas incertissima. In utramque sententiam late differit de Franch. *decis.* 119. ubi tamen mulieribus lis addicitur. Verum in utramvis sententiam res judicatas frustra captamus ob ipsarum incertitudinem. Cum ex rebus igitur judicatis vix ullum subsidium sit expectandum, alia via censeo ejusmodi controversiam dirimendam esse. Principio falso crediderim ad renunciationum argumentum transtulisse doctores celeberrimam *l.* 2. *C. de rescind. vend.* Cum enim ibi venditionem ob læsionem rescindi posse decernatur, ejus quidem legis argumento recte dixeris, generatim rescindi oportere contractus omnes ultro citroque obligatorios, & in quibus æqualitatem in utroque contrahente servari jus præcipit; non video tamen, cur eadem extendi possit ad renunciationes, quæ potius ad donationem accedunt. Cum igitur renuncians mulier præsumatur donare velle, quemadmodum ad infringendam læsionis causa donationem frustra donator afferret *d. l.* 2. ita, quæcumque mulieris in renunciatione sit læsio, ad eam revocandam frustra provocaret ad *d. l.* 2. *C. de rescind. vend.* Apposite videtur huc accommodari posse Ulpiani illud *in l.* 1. *ff. de transact. qui paciscitur donationis causa, rem certam, & indubitatam liberalitate remittit.* Neque enim hic in transactione sumus, quæ nullo dato, vel retento, in jure controverso admitti non debet ex *l.* 38. *C. de transact.* Eo accedit, quod, receptis moribus pridem in Regno renunciationibus in fa-

vorem fratrum admissis, non oporteat eas temere revocari. Favent enim renunciationes juri Neapolitano, quod, cum fœminas per masculos excludi jusserit, eo potissimum collineat, ne a suis familiis avita bona discedant, neque ad extraneos per fœminas transferantur. Proinde si metus, vis, dolus abfuerit, læsionis obtentu judex ad renunciationis rescissionem se facilem præstare non debet, idque seu donationis exemplo, seu ut frequentissimæ ea de re lites præcaveantur, quod monuit Amatus *resolut.* 23. *n.* 25. Ne tamen mulieribus videamur infestiores, cum pragmaticis, si mavis, ita distingue, ut, si mulier sit læsa ultra dimidium, intra decennium ad rescissionem admittatur; sin læsio sit enormissima, & ultra bessem, lapsu tricennii tandem ei rescissio denegetur. Quam distinctionem communem appellat Carolus Antonius de Luca ad *decis. de Franch.* 119. *n.* 3. Ceterum licet sententia isthæc vulgo doctoribus se commendarit, eam errore potius, quam Jurisprudentia ita suadente, in forum irrepsisse crediderim.

V. Jam supra prævertimus, renunciationem a moniali factam realem videri oportere: proinde, si in parentis obitu nulli liberi supersint præter renunciantem ipsam, ea per remotiores cognatos excluditur, quorum respectu quoque renunciatum censeri debet. Secus id tamen obtinet, si per fœminas viro traditas renunciatum dicatur. Si enim in ea specie nulli supersint parenti liberi, renunciatio per filiam facta personalis videtur existimanda. Cum enim per mulierem nubentem in gratiam masculorum, eorumque descendentium renunciatum intelligatur, masculis, eorumque liberis parenti præmortuis, jus legitimarum hereditatum haud

haud patitur, ut filiæ præferantur cognati remotiores. Ea vero sententia non solum contrahentium menti conformior existimari debet, sed communibus quoque doctorum suffragiis commendatur, quorum seriem recenset de Marinis *resolut. jur. libr.* 2. *c.* 189. *n.* 1. Quin recte pronunciat de Marinis ibidem, licet *in amplissima forma* renunciatum per filiam in ea specie fuerit, & realis esse jubeatur in instrumento renunciatio, modo alios quoque cognatos aperte non respexerint contrahentes, ceteris adhuc cognatis renunciantem ipsam præferendam esse. Neque enim masculorum tantum, aut ipsius familiæ causa fieri per fœminas renunciationes solent, verum etiam ut liberior testamenti factio ei competat, in cujus gratiam renunciatum dicatur, veluti ne legitimam renuncianti filiæ, aut dimidium bonorum antiquorum parens legare cogatur. Proinde si in testamento parens suo jure usus haud fuerit, intestatus decedens renunciationi videtur derogatum velle, ac jus legitimarum hereditatum integrum servari filiæ, ut late probat de Marinis *loc. cit. n.* 15.

VI. Opportune hic tamen addubitari queat, an, masculis, eorumve liberis parenti non superstitibus, cum virgine, quæ non renunciarit, ad parentis hereditatem filia etiam sit admittenda, per quam in dotalibus instrumentis renunciatum fuerit. In ea controversia definienda mira doctorum diffidia, ac diverse sententes exhibet de Marinis *resolut. jur. libr.* 2. *c.* 193. Æquior tamen, & contrahentium menti conformior mihi semper est visa sententia, quæ in ea specie mulierem, quæ renunciarit, excludi vetat. In dubia enim voluntatis interpretatione renunciatio masculorum tantum

tum favore facta videri debet. Mafculis igitur deficientibus, æquum jus filiabus fervari voluiffe præfumendus eft parens, in eamque fententiam pluries judicatum effe teftatur Rovitus *conf.*23. Id tamen admitti velim, modo aliud non fuadeat tacita parentis in renunciatione voluntas. Pone enim, duas effe parenti filias, ambas etiam viro traditas; in dotalibus autem inftrumentis alterutram tantum renunciare juffiffe; in ea fane fpecie ex tacita voluntate parentis filia, quæ renunciarit, per alteram debet excludi, ut recte vidit Alexander *conf.*29.

VII. Frequentiffimi ufus etiam in Regno Neapolitano funt hodie mafculorum renunciationes: earum nullus apud veteres ufus, non folum quia jure publico fupremum arbitrium nemo fibi præcidere poffe videbatur, & illicitæ de hereditate viventis pactiones erant, verum etiam quia, cœlibatu interdicto per leges, omnes in familia fratres ad uxorem animum appellebant, neque fanus quifpiam parentum hereditatem renunciando fratribus liberos a fe fufcipiendos perduxiffet ad egeftatem. Verum, publice Chriftiana religione recepta, fuoque cœlibatui redeunte pretio, valefcente etiam ardentiori ftudio avitæ nobilitatis per divitias confervandæ, frequentiffimæ mafculorum renunciationes increbuerunt, feu quia fratres in monafteriis vota profeffuri forent, feu quia, renunciatione facta, a fratribus ducturis uxorem honeftius matrimonium iniri poffe credebatur. Cum igitur hodie Chriftianarum Provinciarum rationes renunciationes ratas haberi fuadeant, quæ differui fupra de fœminis, ad mafculorum renunciationes etiam accommodari debent. Verum enimvero benignius agendum exiftimarim cum mafculis, qui,

paren-

parentum hereditate renunciata fratribus, extra monasterii vinculum vivere malunt. Ad ipsorum enim renunciationes lubentius transferri concesserim *l. 2. C. de rescind. vend.* Si enim in renunciationis legibus tantum sibi servare neglexerint, quantum ad ipsorum alimenta pro generis honestate sit suffecturum, læsionis enormissimæ, aut enormis etiam nomine eis, si non ipsa renunciationis rescissio, saltem in supplementum alimentorum actio est indulgenda: cujusmodi sane controversiæ potius religione judicum, quam pragmaticorum regulis definiri debent. Verum ego ut ad revocandas renunciationes se faciles judices præstare nolim, sic serio cavendum existimarim, ut a fœminis, vel masculis vota nuncupaturis recte renunciationes fiant, neque per eas inconsulte factas libertas cuiquam deserendi monasterium adimatur. Facillime enim fieri potest, ut nimio quidam religionis studio abrepti, quasi in eadem voluntate perpetuo permansuri, temere sua renuncient; mox necessario vota profiteantur veriti, ne, si alias vitæ rationes occipiant, alimenta in civitate sibi sint defutura. Recte igitur Tridentini Patres libertatem derelinquendi monasteria novitiis servaturi de ipsorum renunciationibus ita caverunt *sess. 25. c. 16. de regul. Nulla renunciatio, aut obligatio ante professionem facta, etiam cum juramento, vel in favorem cujuscumque causæ piæ, valeat, nisi cum licentia Episcopi, sive ejus Vicarii fiat intra duos menses proximos ante professionem, ac non alias intelligatur effectum suum sortiri, nisi sequuta professione: aliter vero facta, etiamsi cum hujus favoris expressa renunciatione etiam jurata, sit irrita, ac nullius effectus.* Quod

c quidem

quidem Concilii Tridentini ſcitum libertati mutandi conſilii maxime favorabile in Regno receptum eſſe ipſi pragmatici non diffitentur. Vid. Merlin. *controverſ. forenſ. c.* 8.

TITULUS XIV.

De obligationibus.

JAm ſupra prævertimus *tom.* 2. *pag.* 19. jus omne generatim cuicumque competens vel *in re*, vel *ad rem* vulgo dici. Ibidem obſervatum ex Grotio, juris in re, quo res ipſæ quidem afficiuntur ſine reſpectu perſonæ, quatuor omnino ſpecies conſtituendas videri, dominium ſcilicet, ſervitutem, hereditatem, pignus. Pro inſtituti ratione de tribus prioribus juris in re ſpeciebus ſatis hactenus commentati ſumus: de pignore opportunius infra videbimus. Quod igitur ſupereſt, de jure ad rem differendum, ex quo obligationes omnes, tamquam ex fonte, promanant. Quod ſane argumentum diſcors quidem ſententiis, opimum in foro jurgiis, utilitate tamen eximium ad ſextam uſque inſequentis libri rubricam cum Imperatore enarrabimus. Falſo autem poſt Vultejum *ſcholaſtic. diſcept. c.* 16. ſtatuere quidam, præſens de obligationibus argumentum ad eam Juriſprudentiæ partem ablegari oportere, quæ de perſonis agit, cum quia obligatio perſonæ inhæret, tum quia ex obligatione non in rem ipſam actio competit, ſed in perſonam potius, quæ ad præſtandum, faciendum obſtringitur. Quod enim ad primum attinet, perſonæ quidem inhæret obligatio, verum obligatio eo potiſſimum collineat, ut per eam res nanciſcamur,

mur, quarum causa ipsa coaluit. Jus quidem obligatione quæsitum a dominio diversum est, ab eo tamen nequaquam alienum. Nam patrimonium nostrum obligationes augent, & in jure dicuntur in bonis esse *l. 49. ff. de verb. oblig.* utiliter etiam in solutum dari, vendi, donari possunt, ut sexcenties Jurisconsulti monent. Quod ad alterum, ex obligationibus in personam actio nasci dicitur, non quia per eam jus aliquod persequamur personæ cohærens, sed quia adversus obligatum ipsum necessario debet institui, cum contra actio ex jure in re manans adversus tertium rei possessorem sit instituenda. Aliunde cum perpetuo veteres obligationes ad rerum classem amandarint, eorum præceptis acquiescendum, non quia antiquis, sed quia veris.

II. Jam vero de obligationibus dicturum Tribonianum accuratius egisse vellem. Is enim *princ. h. t.* unice de jure civili sollicitus obligationes definit *juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura*. Inde igitur constat, civilis tantum obligationis, aut ad summum Prætoriæ quoque notionem novis Justinianeis eum tradere occœptasse. Quo tamen non hinc recte vapulat Tribonianus. Neque enim oportebat, civilis obligationis ingenium recta adolescentibus propinare, naturali obligatione prorsus omissa, cum ejus etiam insignes effectus occurrant in jure civili. Nimirum omnis obligatio juris vinculum dici potest; verum pro diversitate juris, unde oritur obligatio, diversus est obligationis effectus. Siquidem aliquando nos obstringit jus naturale tantum, quo honestate quidem astringimur ad præstationem ejus, quod deductum in obligationem fuerit, ejusmodi tamen obligatio-

gationi actionem jus civile denegat. Aliquando ex juris civilis rigore tantum obligatio manat, quam tamen utpote æquitati contrariam per exceptionem Prætor exitum habere non patitur. Aliquando tandem jus civile, & naturale simul obligationi favet, in cujus favorem dumtaxat efficaces actiones leges accommodant. Hinc vulgata apud doctores obligationum divisio in *mere naturales*, *mere civiles*, & *mixtas*. Cum igitur isthæc obligationum distinctio magni sit usus in toto fere jure civili, juvabit institutionum hiatum aliunde supplere, & cujusque obligationis ingenium accuratius enarrare. Cum vero mere naturalis obligatio inter mortales sit antiquissima, ab ea primum incipiemus, ut constet, quatenus Romanæ leges ei derogatum ierint.

III. Principio obligatio naturalis est, qua honestate naturali quidem ad præstandum, faciendum obstringimur, ex ea tamen agere jus civile non patitur. Ejusmodi igitur obligatio conscientiam promittentis illigat, verum ad fidem exolvendam in Civitate per actionem is compelli non potest. Ita quidem, si pro alio mulier intercesserit, mutuamve pecuniam acceperit in potestate filius, pudore naturali mulier, filiusve familias obligantur, in neutrum tamen ex ejusmodi obligatione agere jura sinunt. Ita etiam, licet pactorum fidem sancte servari jus naturale jubeat, simplici pacto tamen actionem jus civile denegat. Ut enim alias juri naturali aliquid addere, vel detrahere legislatori licet, ita noluere veteres nudis pactis, & quæ solo placiti fine consisterent, civiliter obligari quempiam. Neque tamen hinc inferas, perfidiæ in Civitate favisse veteres, cum

pacto-

pactorum fidem impune contemni concesserint. Ii enim & fidem sancte colebant, & improbos existimabant, qui promissa haud exolverent. Tantum beneficia legum denegarunt iis, qui in pactionibus ineundis intra nudæ conventionis fines subsisterent, neque adversarios contractibus a jure civili firmatis illigare curarent. In Civitatis enim emolumentum de contractibus leges dicere legislatori licet, ac rebus mature perpensis summa potestas recte statuit, qui contractus necessitatem juris importent, quibus formulis iidem expediendi, quibus solemnibus fides a contrahentibus in conventionibus obliganda. Id sane ipsis paciscentibus plerumque prodest, ne, si nudo placito juris necessitas accommodetur, inconsultis pollicitationibus promiscue cives illigentur, eosque, accuratius re perpensa, mox frustra pœniteat. Siquidem affluenti lætitia soluti aliquando mortales benigniores videri volunt, ac temere promittendo se, liberosque suos ad egestatem perducunt. Ne igitur quid tale fieret, per solos contractus in Civitate receptos civiliter obligari fidem voluere veteres, ut serio quisque perpenderet, an contractus e re sua foret, quo quidem inito nulla pœnitentia superesset. Eo pertinet Gellii illud *noct. Att.* 20. 1. *fidem majores in negotiorum contractibus sanxerunt.*

IV. At vero licet jure Romano simplici pacto denegaretur actio, ut tamen alias edicto Prætor juris civilis asperitatem mollitum ivit, ita indignatus pactorum fidem impune negligi non actionem quidem, sed exceptionem ex pacto dedit *l.* 7. §. 4. *ff. de pact.* Facile autem mihi persuaserim, ita edixisse Prætorem exemplo duodecim tabularum usum, quibus pacta quædam confirmata viden-

dentur. Vide Noodt. *de pact. & transact.* c. 1. Neque vero pacta quælibet servari jussit edicto Prætor: ita enim cavisse novimus. *Pacta conventa, quæ neque dolo, neque adversus leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta Principum, neque quo fraus cuiquam eorum fieret, facta erunt, servabo d. l. 7. §. 7. ff. eod.* Porro Jurisconsulti confidentiores Prætoris auctoritate facti edicti æquitati veluti inservientes non solum exceptionem, sed alios quoque civiles effectus pactis, ceterisque obligationibus naturalibus accommodarunt. Quæ enim de pactis caverat edicto Prætor, ad ceteras naturales obligationes recte transferri posse crediderunt. Jurisconsulti igitur edictum sapienter interpretati naturales omnes obligationes ita distinguendas censuerunt, ut aliæ edicto probatæ pactorum exemplo viderentur, quædam secus. Naturalibus obligationibus edicto non comprobatis civiles omnes effectus cum exceptione denegandos pronunciarunt. Ejusmodi videbatur esse prodigi, aut filiifamilias pecuniam mutuam accipientis obligatio, mulieris intercessio, aut pupilli contractus sine auctoritate tutoris initus. Contra ceteris naturalibus obligationibus ex edicto, ejusve interpretatione receptis, si ab actione discesseris, omnes fere civiles effectus competere statuerunt, neque ab iis diversos, quos mixtæ obligationes habent. Hinc sexcenties Jurisconsulti ajunt, naturalem obligationem compensationem admittere *l. 6. ff. de compens.* per errorem ex ea solutum retineri posse *l. 10. ff. de oblig. & act.* naturale etiam debitum recte novari, constitui *l. 1. ff. de novat.*

V. Rursus cum negotia quædam utilitate, quam Civitati præstant, majori favore sint prosequenda, pau-

paulatim per Prætorum edicta, Jurisconsultorum interpretationem, ac Principum constitutiones evaluit, ut complura pacta non solum ad exceptionem, sed ad actionem quoque prodessent. Ejusmodi censebantur pacta Prætoria, legitima, & contractibus bonæ fidei in continenti adjecta. Hinc manavit pactorum apud Doctores vulgata divisio in *nuda*, & *non nuda*, quæ passim *vestita* vocant. Nudum appellatur pactum, quod nudi placiti fine consistit, ac tantum exceptionem præstat. Non nudum vocatur, quod præstat etiam actionem, quia illud vel speciatim confirmat edicto Prætor, vel diserte lex ipsa probat, vel quia in continenti contractibus bonæ fidei fuerit adjectum. Primo igitur non solum ad exceptionem, aliosque civiles effectus superius enarratos, sed ad actionem quoque prodesse videbantur pacta generatim omnia, ex quibus edicto Prætor actionem se daturum edixit. Ejusmodi quidem erat hypothecæ, aut constitutæ pecuniæ pactum, quo quis pecuniam aliunde debitam se certa die soluturum fine stipulatione promittebat *l. 1. ff. de pecun. constit.* Deinde actionem etiam dari placuit ex pactis, quæ per leges confirmata diserte forent, veluti pacta dotalia *l. 6. C. de dot. promiss.* eaque, quibus quis promitteret, se donaturum *l. 35. C. de donat.* Denique ad agendum etiam prodesse placuit pacta, quæ contractibus bonæ fidei in continenti forent adjecta. Ex iis enim, quoniam ipsis contractibus tamquam eorum pars inesse censebantur, actio ejus contractus oriebatur, quibus in continenti adjicerentur *l. 79. ff. de contrah. empt.*

VI. Quod tamen diximus, ex pactis contractibus bonæ fidei in continenti adjectis actionem ejus contractus oriri, cui in continenti fuerint apposita,

caute quidem intelligendum. Neque enim pacta quælibet his contractibus statim adjecta generatim actionem præstant, sed ea dumtaxat, quæ ipsis contractibus legem dicunt. Si qua enim pacta a contractu sint aliena, veluti si quis in emptione cum Titio peragenda de altera re cum Sejo paciscatur, pactum cum Sejo initum emptioni in continenti adjectum videri nequit. Rem aperte loquitur Ulpianus *in l. 7. §. 5. ff. de pact. ea pacta insunt, quæ legem contractui dant, idest, quæ in ingressu contractus facta sunt. In ingressu contractus* exempli tantum causa ab Ulpiano dictum intellige. Idem enim de pactis existimandum, quæ perfecto contractui statim accesserint. Nam, ut advertit Duarenus ad *d. l. 7. το idest* apud Jurisconsultum non definit, sed declarat, ut ipsa ratio juris exposcit. Ceterum si contractibus bonæ fidei non in continenti quidem, sed ex intervallo pacta accesserint, ea ad exceptionem tantum, non ad actionem prodesse placuit. Ea igitur reo, non actori proderunt *d. l. 7. ff. de pact.*

VII. Atque ita quidem jus erat olim in pactis, quæ seu ex intervallo, seu in continenti contractibus bonæ fidei forent apposita. Quod si pacta contractibus stricti juris accederent, caute distinguendum Jurisconsulti putarunt, num pacta in continenti, an ex intervallo contractibus accessissent, num pacta obligationi detraherent, an adderent, num in actoris etiam persona, an in reo controversia institueretur. Nam siquidem in continenti pactum contractui foret adjectum, & obligationi detraheret, inesse pactum ex parte rei, non item actoris pronunciarunt; sin ex intervallo foret appositum, obligationi seu adderet, seu detra-

traheret, ex neutrius contrahentis parte contractui inesse censuerunt. Proinde, rigore juris inspecto, ne reo quidem prodesse poterant. Hinc si, decem mutuo acceptis, in continenti paciscar, ut novem solvam, in novem tantum conveniri potero; sin id pactus ex intervallo fuerim, adhuc in decem conveniri potero subtilitate juris *l.* 4. §. *ult. ff. de pact.* juris subtilitate inquam. Alias dubitari nequit, quin ex pactorum generali regula ipsis contractibus stricti juris appositum ex intervallo pactum reo præstet exceptionem. Ita igitur reus se tuebitur per exceptionis ambages. Verum si pactum adjectum in continenti fuerit, sine exceptionis auxilio ipso jure perimetur actio. Vide Noodt, *de pact. & transact. c.* 12.

VIII. Quod ad obligationem mere civilem, ea juris tantum civilis subtilitate consistit, naturali tamen æquitate destituitur. Ita sane qui vi, metu coactus, aut adversarii fraude circumscriptus, civili ritu promiserit, is quidem subtilitate juris ad præstandum, faciendum obstringitur; verum naturalis æquitas pati non debet, ut vi, metu, fraude pollicitationes extortæ stipulatori prosint. Cum tamen rigore juris, prout lingua civiliter nuncupatum esset, ita jus esse in contractibus juberetur, subtilitate juris inspecta, qui vi, metu, fraude promisisset, efficaciter conveniri poterat. Verum ut alias æquitatem sequutus edicto Prætor juris asperitati derogatum ivit, ita etiam in contractibus exequundis vim, metum, fraudem cuiquam prodesse noluit. Ne quis igitur emolumentum ex improbitate captaret, agenti quidem ex contractu vi, metu, aut fraude inito actionem edicto Prætor non denegavit; ita enim aperte juris reveren-

tiam oppugnasset; verum obliqua via eodem contendens exceptionem in formula actionis addebat, ut si reus vi, metu coactus, aut fraude circumventus actori promisisset, fidem exolvere non cogeretur. Haud absimili arte Prætor civiles omnes obligationes infringi curabat, ubi naturalis æquitas id suaderet. Ita igitur, exceptionibus institutis, obligationes mere civiles exitu erant inutiles. Eo pertinet Pauli illud *in l.112. ff. de reg. jur. nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur*. Verum enimvero obligationes mere civiles non desunt in jure Romano, ex quibus actio per exceptionem elidi nequit. In eam classem retulere veteres obligationes illas, quas propter præsumptam naturalem causam ratas haberi oportebat seu propter commercii fidem, seu ut lites citius perimerentur. Ejusmodi erat obligatio literarum, & in jure a reo debiti facta confessio *l. 1. ff. de confess.*

IX. Denique mixtæ sunt obligationes, quæ non solum juris civilis auctoritate consistunt, sed in naturali etiam æquitate præsidium habent. Ejusmodi censeri debent non solum obligationes legibus civilibus confirmatæ, sed ratæ etiam haberi jussæ in Prætoris edicto. Præter quam quod enim effectu juris apud Romanos olim Prætoriæ obligationes a civilibus non differebant, jure hodie Justiniani novissimo jus Prætorium a civili diversum censeri non debet. Certe utrasque obligationes spectavit Imperator, ubi eas definivit *juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ Civitatis jura*. De utrisque etiam obligationibus intelligendi Jurisconsulti sunt, cum obligationes absolute memorant.

Quæ-

Quæcumque autem obligationes ſint, eæ generatim omnes ex facto aliquo obligatorio manant, eoque vel licito, vel illicito. Ex facto illicito deſcendunt delicta, vel quaſi delicta; ex facto licito contractus, & quaſi contractus. De obligationibus ex contractu, vel quaſi contractu ad finem uſque hujuſce libri videbimus; de delictis, & quaſi delictis in quinque prioribus inſequentis libri rubricis agemus.

X. Jam vero contractus, ut confirmatus a jure civili dicatur, oportet, ut vel nomen, & cauſam habeat; aut certe, ſi nomine deſtituitur, cauſa non careat. Cauſa in contractibus dici ſolet datio, vel factum, quod in eo intercedit. Si nomen contractus habeant, veluti emptio, venditio, *nominati* dicuntur; ſi cauſam tantum, vocantur *innominati*. In eo genere celeberrimi ſunt uſus in jure civili contractus innominati quatuor, *do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias; facio, ut des*. Ut autem contractus innominatus legitimæ conventionis jure conſiſtat, præſentem cauſam habere debet. Si enim cauſam tantum futuram complectatur, jure civili quidem inſpecto, non contractus innominatus, ſed nudum pactum exiſtimandus erit. Hinc ſi tibi decem in præſenti dem, ut Romam mea negotia geſturus eas, ea quidem conventio contractus erit innominatus. Sin decem me daturum dicam, ſi eodem proficiſcaris, poſterior iſthæc conventio nudum pactum exiſtimari debet. Sed cum ubique fere Gentium hodie negotia omnia ad juris Gentium ſimplicitatem ſint accommodata, ejuſmodi ſubtilitates rectæ tantum juris intelligentiæ proſunt. In Regno igitur Neapolitano, ut paſſim alibi, ex nudo etiam pacto actio in foro

competit seu ob mores ita receptos, seu ob juris Pontificii æquitatem *in c. 1. & 2. X. de pact.*

XI. Porro licet hodie pacta diverso jure a contractibus innominatis non censeantur, ipsi contractus tamen innominati a nominatis non uno nomine differunt. Primo enim contractus nominati cognominem actionem producunt: ita sane ex emptione, locatione actio empti, locati competit. Contra, cum contractus innominati nomine ipsi careant, cognominem actionem præstare nequeunt. Ex ipsis igitur actio in factum oritur, seu præscriptis verbis *tot.tit.ff. de præscript. verb.* Deinde sua natura contractus nominati sunt certi, & ad certam præstationem adigunt. Quapropter si centum aurei pretii nomine promissi in emptione fuerint, certam actor præstationem actione persequitur. Contra innominati contractus per se sunt incerti, & incerta inde præstatio. Hinc si centum tibi persolvero, ut Romam mea negotia gesturus proficiscaris, nil certum peti judicio potest, & in id, quod interest, agi debet *l. 7.ff.de præscript.verb.* Proinde, qui lites præcavere velit, certam sibi pœnam repromitti curabit, si alter a contractu innominato recesserit. Denique illud singulare est contractibus innominatis, quod qui ex parte sua conventionem impleverit, a contractu resilire non prohibetur, si nullum inde detrimentum in alterum sit rediturum, isque ex parte sua contractum nondum impleverit *l. 5.ff.de condict.caus. dat. caus. non sequut.* Id in contractibus innominatis placuisse crediderim, seu quia ad nudum pactum propius viderentur accedere, seu quia minus necessarii in Civitate forent. Legislatores enim eorum potissimum contractuum vim intendere debent, qui frequentiores in Ci-

Civitate sunt, & sine quibus cives necessarium vitæ commercium expedire nequeunt.

XII. Celeberrimi usus est etiam in jure civili contractuum divisio in contractus *stricti juris*, & *bonæ fidei*. Stricti juris censentur fere unilaterales omnes; bonæ fidei bilaterales. Jure quidem Gentium, contractuum distinctio isthæc ignota, cumque in contractibus quibuscumque bene agier inter mortales oporteat, Gentium jure primævo contractus omnes per dolum initi sua sponte irriti videri debent. Verum cum vetustissima juris Romani regula in contractibus stricti juris, uti lingua nuncupatum esset, ita jus esse juberetur, dolus, de quo nihil præcautum stipulatione foret, ad officium judicis pertinere non censebatur; proinde ii per dolum initi ne per exceptionem quidem, nedum per actionem infirmari poterant. Nullum igitur læso remedium, nisi ab adversario stipulatione sibi cavisset, dolum malum abesse. Vide Noodt. *de form. emendan. dol. mal. c.* 5. Ceterum Ciceronis ævo Cajus Aquilius Gallus subtilissimus ille cautionum artifex ex ejusmodi contractibus per dolum initis tantum rigore juris actionem accommodandam edicto censuit, verum per doli exceptionem actorem repelli voluit, si contractus nondum impletus esset *l.36.ff. de verb. oblig.* Quod si contractus impletus foret, quoniam per exceptionem dolus emendari non poterat, intra annum utilem actionem læso indulgendam existimavit, ut dolus rescindi posset *l. 7. ff. de dol. mal.* Conf. Noodt. *loc. cit.*

XIII. Atque ea quidem distinctio per Aquilii edictum invaluit in contractibus stricti juris. Quod ad contractus bonæ fidei, vulgo doctores scribunt, distin-

xiſſe Juriſconſultos inter dolum incidentem, & cauſam contractui dantem. Si dolus cauſam contractui daret, eum ipſo jure irritum fuiſſe cenſent; ſin incidens dolus eſſe diceretur, utilem quidem eum fuiſſe, verum actione ordinaria læſum uti oportuiſſe, quatenus intereſſet, ſe deceptum non eſſe. Verum hujus diſtinctionis nuſquam in jure veſtigium. In jure enim generatim aſſeritur, bonæ fidei contractus per dolum initos ipſo jure infirmos videri oportere *l.* 3. §. 3. *ff. pro ſoc. & l. 16.* §. 1. *ff. de minor.* Sane cum in judiciis bonæ fidei tantum poſſet officium judicis, quantum in ſtipulationibus alias expreſſa nuncupatio, & bonæ fidei contractus ipſa bona fide ſuſtineri dicantur *in l.116.ff.de reg.jur.* rectius fortaſſe dixeris, dolum ſeu incidentem, ſeu cauſam contractui dantem bonæ fidei infirmare contractus. Id apud nos facilius admitti debet, cum ut paſſim ubique fere hodie, ad juris Gentium ſimplicitatem contractus redire ſint juſſi. Utcumque id erit, hodiernis etiam moribus ex regulis juris civilis contractus bonæ fidei ob dolum ipſo jure nullus exiſtimari debet; contractus vero ſtricti juris ob dolum nullus ab initio cenſeri nequit, ſed actione de dolo inſtituta dolus eſt emendandus. Nam diſcrimen iſtud inter contractus bonæ fidei, & ſtricti juris ne jure quidem Pontificio ſublatum conſtat. Vid. Stryk. *in jur. modern. pand. libr.* 4. *tit.* 3. §. 5.

XIV. Contractus autem quicumque fuerint, paſſim a doctoribus diſtinguuntur in *bilaterales*, & *unilaterales*. Unilaterales dicuntur, in quibus alteruter tantum contrahens obligatur, veluti mutuum: bilaterales vocantur, in quibus obſtringuntur contrahentes omnes. In ipſis tamen contractibus bilateralibus non ſemper ab initio uterque

con-

contrahens obligatur. Quidam enim contractus bilaterales sunt, in quibus alter ab initio, alter ex post facto tandem obstringitur. Ita quidem in mandato, commodato, deposito ab initio tantum obligatur mandatarius, commodatarius, depositarius; fieri tamen ex post facto solet, ut mandans etiam, commodans, & ipse, qui rem deposuit, obligetur. Ita quidem, si mandatarius in mandato exequundo utiliter pro mandante quid impenderit, mandantem eo nomine convenire non prohibetur. In contractibus igitur, in quibus ab initio obligantur contrahentes omnes, statim ab initio contrahentes omnes actionem *directam* habent: in contractibus vero, in quibus alter ab initio, alter ex post facto obligatur, qui ab initio non obligatur, directam actionem habet: qui ab initio obstringitur, *contrariam* actionem habebit, ut adversus alterum suam persequatur indemnitatem *l.* 17. *ff. commod.* & passim alibi. Actionibus autem ex contractu proficiscentibus non solum petitur, quod promissum fuerit, sed damni quoque præstatio illati seu dolo, seu culpa. Cum igitur in præsenti argumento sæpius de culpa disceptari contingat, generatim hic definire juvabit, quotuplex culpa sit, & quatenus ea sit in contractibus quibusque præstanda.

XV. Principio culpa omnis generatim definiri potest *factum aliquod inconsultum, quo injuria nocetur alteri*. Cum veteribus vero Jurisconsultis culpam haud incommode divides in *latam*, *levem*, *levissimam*. Trimembri culpæ divisioni diversi generis patresfamilias dederunt occasionem. Ita enim in rebus humanis usuvenit, ut quidam incuriosissimi sint inter mortales, & rerum suarum prorsus haud satagant; alii sat frugi sint, & in rebus

suis

suis diligentes; alii denique ad rem sint attentissimi, & in negotiis expediendis summam diligentiam adhibeant. Latam igitur culpam dicuntur admittere, qui in negotiis expediendis ne eam quidem diligentiam adhibent, qua ipsi negligentissimi mortalium uti solent *l.223.ff.de verb.sign.* Ejusmodi culpa propius ad fraudem videtur accedere; hinc & culpa *dolo proxima* dici amat. Quin in caussis civilibus, & ubi ad pœnam civilem agitur, effectu juris lata isthæc culpa a dolo non distat *l.penult.ff.de incend.ruin. naufr.* Secus tantum est in criminibus, ubi sub appellatione doli culpa lata non continetur *l.7.ff.ad l.Cornel.de sicar.* Levem culpam dicuntur admittere, qui eam omittunt diligentiam, quam vulgo homines diligentes adhibent *l.32.ff.depos.* Atque hanc culpam Jurisconsulti intelligunt, cum sine addito culpam memorant. Levissimam denique culpam admittunt, qui eum non adhibent diligentiæ gradum, quo diligentissimi tantum patresfamilias uti solent *l. 18. ff. commod.* Culpa autem, ut loqui amant interpretes, aut *in abstracto*, aut *in concreto* considerari potest. Ita quidem si ex juris regulis de levi culpa pronunciandum sit, levem in abstracto culpam admissam dicemus, ubi ea diligentia quis usus non fuerit, qua vulgo diligentes homines uti solent: contra levis in concreto culpa dicetur admissa, ubi quis in rebus alienis expediendis eam diligentiam non adhibuerit, quam in suis negotiis expediendis adhibet. Levem hanc in concreto culpam in societate præstari placuit, ut in tempore memorabimus.

XVI. His ita præmissis, quod ad damni præstationem, primum omnium ipsa contrahentium con-

conventio spectari debet. Vulgatum est enim illud, pacta contrahentium legibus de re privata latis derogare posse. Jus tantum conveniri vetat, ne dolus præstetur, cum ejusmodi conventio bonis moribus adversetur, & incitamento sit fraudi *l.23. ff. de reg. jur.* Si nihil a contrahentibus cautum ea de re fuerit, pro diversitate contractuum diverse culpa præstari debet. Primo enim in contractibus, in quibus penes unum tantum est commodum, incommodum penes alterum, qui commodum sentit, culpam quoque levissimam præstare debet; qui incommodum, latam tantum culpam præstabit *l. 5. & 10. ff. commod.* Tantum in tutela pupillorum favore placuit, ut quamvis solum incommodum in tutorem ex tutela rediret, levem is etiam culpam præstaret *l.1.ff.de tut.& ration. distrah.* Quod enim, qui precario accepit, levem tantum culpam præstare cogitur *l.8.§.3.ff.de precar.* amicitiæ id datum existimarim, cum amici tantum precarium quid petere soleant. Deinde in contractibus, in quibus penes utrumque contrahentem peræque commodum est, aut incommodum, utrimque culpa levis præstari debet *l.11.ff.de peric.& comm. rei vend.* Denique, ubi quis sponte sua se negotio obtulit, in quo diligentia summa requiritur, culpam etiam levissimam præstare adigitur *l.11. ff. de negot. gest.* Atque ita jus erit quidem, si culpa damnum fuerit illatum. Quod si damnum fortuito casu provenerit, id quidem in nullo contractu præstandum erit. Quis enim vi divinæ resistat? Hinc casus fortuiti a nemine præstari dicuntur *in l. 23. ff. de reg. jur.* Id tamen intellige, si mora per debitorem in re restituenda non fuerit admissa *l. 23. ff. de verb. oblig.* aut nisi conventio inter-

cef-

cesserit, ut casus etiam præstari debeat. Nam, ubi ita placuerit, damna quoque fatalia possessorem sequentur *l.* 23. *de reg. jur.* His ita præmissis, de quadriga contractuum, qui re, verbis, literis, consensu perficiuntur, cum Imperatore videbimus.

TITULUS XV.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

NOminatorum contractuum quadruplex genus est, prout re, verbis, literis, consensu perficiuntur. Postremum hoc contractuum genus nudo consensu perficitur; ceteri, ut rite consistant, præter consensum rem etiam, literas, aut verba requirunt. Contractus, qui rei interventu perficiuntur, hunc titulum sibi præcipuum occuparunt. Re autem perfici recte dixeris non solum contractus nominatos, de quibus in præsenti rubrica Tribonianus, sed innominatos etiam plerosque omnes. Ex ipsis enim obligatio nasci dici non potest, nisi qua res tradita, factumve sit præstitum. Verum cum proprie loquuti sunt veteres, proprie re perfici dixerunt contractus nominatos tantum, in quibus res ab alterutro contrahente tradita eadem in genere, aut in specie restituenda foret, mutuum scilicet, depositum, commodatum, pignus, eoque trahit Vinnius *l.* 1. & 4. *ff. de oblig. & act.* Veterum igitur exemplo fortasse usus Tribonianus mutuum tantum, commodatum, depositum pignus præsenti rubricæ subjicit. Contractus innominatos prætereundos censuit, quia contrahentium potius diverso arbitrio, quam certo jure regendi viderentur. Sit igitur

CA-

CAPUT I.

De mutuo.

MUtuum vulgo definitur in scholis *contractus nominatus, quo res fungibilis cuipiam ita datur, ut accipientis fiat, & quandoque tantundem in eodem genere restituatur*. Lubet tamen Cujacium sequi, qui ex veterum Jurisconsultorum ingenio *observat.* 11. 37. mutuum definivit *creditum quantitatis datæ ea lege, ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere, non in specie eadem*. Recte vocabulum quantitatis adhibitum: nam ea voce non infrequenter in jure designantur omnia, quæ numero, pondere, mensura constant, quibus mutui nomine in creditum imus. Quantitati opponunt Jurisconsulti corpora, jura, species. Res quidem, quæ per mutuum in alterum transferuntur, corpus etiam habent; in ipsis tamen, dum in creditum imus, non corpus ipsum, sed quantitas potissimum spectari solet. Res autem, quæ mutui caussa abalienantur, *fungibiles* passim doctores appellant, quia, ut scribit Paulus *in l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred. in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie*. Obscurior Jurisconsulti locus eo pertinet, in mutuo restitutionem non in specie quidem, sed in genere fieri oportere: res enim mutuo datæ altera alterius vice fungitur; nam tantundem in genere eadem bonitate solutum a specie accepta diversum videri non debet, ut recte contra Duarenum Paulum explicat Hotmanus *de usur.* 1. 2. Quidquid igitur numerum, pondus, mensuram admittit, mutuo subesse potest, seu illud pecunia sit, seu fruges, seu vinum, aut oleum. Quin

Quin greges ipsos, & pisces a veteribus mutui nomine abalienari solitos ostendit Cujacius *loc.cit.* Neque vero ex sola re fungibili alteri tradita mutuum censeri debet, nisi & liberum debitori fuerit rem in genere restituere. Si enim ex pacto convento restituenda res ipsa fuerit in specie, potius depositum, commodatum, pignus, aut precarium contractum videbitur. Cum tamen in mutuo debitoris commodum unice spectari debeat, si is re usus haud fuerit, ejusque bonitas non sit imminuta, rem ipsam in specie restituere non prohibetur. At vero ipsius mutui natura postulat, ut dominium transferatur in accipientem: qui enim alias rebus alienis quispiam abuti queat? Hinc allusione Stoica veteres censuerunt, mutuum dictum videri, quasi *ex meo tuum* quid per mutuum fieret *l. 2. §. 2. ff. de reb. cred.* Inde etiam factum, ut pupilli, & generatim omnes, qui res suas alienare vetantur, per mutuum in creditum ire nequeant *§. 2. inst. quib. alien. lic. vel non.* Proinde merito mirari subit, cur Salmasius in libellis de mutuo scriptis tanto molimine dominium per mutuum transferri neget. Dominium Quiritarium quidem in debitorem per mutuum transire non poterat; res enim mutui causa abalienari solitæ erant nec mancipi; eædem tamen in accipientem transferebant dominium bonitarium, quod in rebus nec mancipi dumtaxat transferri poterat. Vide, quæ supra disserui *tom. 2. pag. 26.*

II. Jam vero mutuum vel præsenti adnumeratione pecuniæ fieri potest, ejusque per veram traditionem in accipientem transferri dominium; vel ita contrahitur, ut brevis manus traditione in præsenti fingatur tibi adnumerari pecunia, quæ

alias,

alias, alioque titulo tibi numerata jam fuerit. Ita quidem si, a me centum apud te depositis, biennio post placeat, ut mutui nomine ea pecunia apud te pergat esse, pecunia deposita brevi manu depositori restituta fingitur, eademque mutui causa rursus adnumerari *l.* 9. §. 9. *ff. de reb. cred.* Eadem brevis manus traditione, si ex causa mandati pecuniam mihi debeas, placeatque, ut eadem mutui nomine potiaris, pecunia mihi data fingitur, ac mox rursus in te mutui nomine transferri *l.* 15. *ff. eod.* Sed vulgata sunt isthæc in jure civili. Illud potius adverti velim, cum mutuum rei interventu perficiatur, pecuniæ traditione tandem seu vera, seu ficta consistere. Proinde si sine stipulatione decem tibi mutua me daturum promittam, nuda mutui conventione ad decem præstanda non cogor. Ut tamen alias conventiones omnes per stipulationem Romani confirmari posse voluerunt, ita si nudum de pecunia numeranda pactum per stipulationem confirmatum esse diceretur, actionem ex stipulatu adversus eum competere voluerunt, qui mutuam pecuniam promisisset *l.* 2. §. 5. *ff. de reb. cred.* Cum tamen hodie pactorum fidem sanctius servare didicerimus, ex nudo etiam pacto conveniri poterit, qui pecuniam, aliudve quid tale mutuo se daturum dixerit. Verum id extendi nolim ad eum, qui se mutuum accepturum promiserit. Cum enim in vero mutuo id agatur, ut amico creditor beneficii causa gratificetur, pecunia, quam quis promiserit se accepturum, pro lubitu recusari poterit, cum unicuique beneficium repudiare liceat.

III. Jam vero cum mutuum contractus sit unilateralis, atque ideo stricti juris, pacta ei quidem appo-

apposita uni reo, non item actori prosunt. Hinc si decem numeravero, ac paciscar, ut obligeris in novem, non ultra novem petere potero *l.* 11. §. 1. *ff. de reb. cred.* Contra si mutua dem tibi decem, ac sine stipulatione placeat, ut condicta die viginti reddas, in decem tantum actio competet *d. l.* 11. §. 1. *ff. eod.* Hinc constat igitur, usuras nudo pacto promissas apud veteres peti non potuisse. Ab eo rigore juris tantum recedi placuit, si mutui causa in creditum irent argentarii *novell.* 136. *c.* 4. & 5. aut civitates, queis nudo etiam pacto promissas usuras solvi oportebat *l.* 30. *ff. de usur.* Idem admissum etiam in pecunia trajectitia, ut ita quoquo modo periculum pensari videretur, quod creditorem inde sequebatur *l.* 5. & 7. *ff. de naut. fœn.* Quinimo quia in contractibus stricti juris nisi stipulatione promissæ non debebantur usuræ, post ipsam moram, aut litis etiam contestationem usuræ frustra petebantur. Verum in Regno hodie ab ea juris subtilitate descivimus. Si enim præstituta die pecunia non renumeretur, quanti sua interest, pecuniam restitutam esse, creditor petere non prohibetur. Ceterum apud nos usu fori receptum est, ut ad interpellationem usque mora non censeatur admissa, si mutui tabulis restitutioni dies non sit præstituta. Quod si certa dies, ut fieri plerumque solet, restitutioni pecuniæ sit præfinita, ubi ea venerit, ipsa dies interpellare videbitur, ac debitorem in mora constituet. Vid. de Ros. *in civil. decret. prax. c.* 14. *n.* 95. & de Petr. ad *rit.* 173.

IV. Cum in mutuo id agatur, ut condicta die tantundem in eodem genere restituatur, pro re credita æstimatio invito creditori obtrudi non potest.

poteſt. Ob varias tamen rerum humanarum vices ſæpiuſcule fieri poteſt, ut non res quidem in genere, ſed ejus æſtimatio neceſſario peti debeat. Hinc dubitatum video, cujus temporis, aut loci æſtimationem judicem ſequi oporteat, ſi res ipſa in genere reſtitui nequeat. Controverſiam ita reſolvit Julianus, ut, ſi locus & tempus ſolutioni ſit præſtitutum, condicti temporis, & loci æſtimatio ſequenda ſit; ſin id omiſſum, in æſtimationem loci, ubi petitur, reus condemnari debeat *l.* 22. *ff. de reb. cred.* Ex Struvio per me tamen illud accedat, ut, ſi rei pretium augeatur poſt moram, quanti res plurimi poſt moram fuerit, actor recte petat *in ſyntagm. juriſpr. exercit.* 16. 37. Hinc haud incommode hic quæri poſſit, num, mutato monetæ pretio inter mutui, & ſolutionis tempus, mutui, an ſolutionis pretium ſpectari debeat in reſtituenda pecunia. Accuratiores interpretes diſtinguendum cenſent, num circa bonitatem *intrinſecam*, an *extrinſecam* mutatio facta fuerit. Intrinſecam fieri mutationem ajunt, ſi depretietur pecunia ratione materiæ, veluti ſi libræ auri uncia æris immiſceatur, cum antea ſemuncia admiſceri ſoleret: extrinſecam fieri mutationem dicunt, ſi auctoritate publica diverſum a priori pretium pecuniæ ſit impoſitum, licet intrinſeca ejus bonitas immutata non fuerit. Si intrinſeca mutatio fuerit, æquum hi cenſent, ut pecunia renumeretur ad eam bonitatem, quam contractus tempore habuerit. Ex nummis igitur ſi quarta pars bonitatis ſit dempta, pro centum vigintiquinque reſtitui jubent. Quæ quidem ſententia & æquitatem habet, & in eam trahi poſſe videtur Pomponius ipſe *in l.* 3. *ff. de reb. cred.* Sane

ne cum anno 1622. apud Neapolitanos monetam in melius recudi placuisset *pragm.* 13. *de monet.& ill.falsif.* statim anno insequenti cautum, ut propter auctam pecuniæ bonitatem debitores antiqui liberarentur, si pro singulis centum ducatos octoginta solverent *pragm. 6. de nummul.* Quod si extrinsecum nummorum pretium sit immutatum, pretii augmentum, aut decrementum ipsi debitori lucro, vel damno cedere statuunt. Ita quidem centum Regni ducatis mutuo acceptis, si mox ducatus duodecim carolenis æstimari jubeatur, siquidem in ducatis in specie solutio fieri velit, centum ducati reddendi creditori erunt; sin per carolenos, mille carolenos solvendo debitorem liberari putant. Quam quidem distinctionem non solum plurimorum jurisconsultorum judicio, sed & ipsius Summi Imperii auctoritate firmatam scribit Hertius ad Pufendorfium *jur. nat. & Gent. libr.* 5. *c.* 7. §. 7. Verum varie adhuc rem subdistinguendam censet ipse Pufendorf.*loc.cit.* quem consule. Ceterum cum mutuum contractus unilateralis sit, ex eo tantum, qui mutuo sumpsit, obligatur. Hinc contra eum actio personalis nascitur, quæ *condictio certi ex mutuo* dicitur *princ.h.t.* Ejusmodi autem actione adversus debitorem, ejusve heredem agitur, ut tantundem in eodem genere, ac bonitate præstituta die restituatur.

V. Ex dictis sat, puto, liquet, sua sponte mutuum usuras pati non posse, idque gratuitum esse oportere; inspecto etiam jure civili usuras ex mutuo frustra peti, nisi per stipulationem creditor sibi caverit. Verum in ea specie mutuum ingenuam sui proprietatem exuet, ac fœnoris naturam induit. Apposite rem explicat Nonius. *Mutuum a fœnore hoc distat, quod mutuum sine usuris,*

fœ-

fœnus cum usuris sumitur, & est accepti fœtus. Unde & fœnus dictum est, ut Græce τοκος, quasi partus mutuo sumpti. Plaut. Asin. nam si mutuo non potero, certum est, sumam fœnore. *Unde honestius mutuum est, quod sub amico affectu fiat.* Fœnus igitur natura sua propius ad locationem accedit: in fœnore enim usuræ mercedi respondent, quæ in locatione præstatur. Hinc & nummos mutuo sumptos *conductos* appellat Venusinus noster *satyr.* 1. 2. Licet autem Romani severiores minus honestos fœneratores crederent, & fœnus a cæde hominis parum abesse apud Plinium Cato responderit *histor. natur.* 19. fœnebre tamen malum vetustissimum Romæ fuit, & ipso Decemvirali carmine non improbatum. Patricii enim homines legibus scribundis adhibiti sua interesse censuerunt, fœnus in Civitate valescere, ut usuris plebs obruta eo quoque nomine patres plerumque locupletiores revereretur. Longe modicæ tamen usuræ Decemvirales erant, neque ultra unciarium fœnus stipulari sibi quempiam voluere Decemviri. Notum ea de re in vulgus est Decemvirale carmen. *Si quis unciario fœnore amplius fœnerassit, quadruplione luito.* Post varias in re fœnebri vices egregiam plebi operam navavit Lucius Genucius lege lata, ne porro fœnerari liceret Liv. 7. 41. Verum, creditorum aviditate gliscente, legi fraus fieri per occultas fœneratorum artes, eique propalam mores illudere. Non tantum igitur fœnus unciarium restitutum, sed, acrius recrudescente malo, paulatim eo deventum, ut usuræ centesimæ legitimæ censerentur (1). Si quid ultra centesi-

(1) Usuras Romani, ut ferme cetera, computabant ad

tesimas promissum esset, peti non poterat. Hinc ultra centesimas solutæ usuræ in sortem imputabantur; sorte vero consumpta, quod ultra solutum esset, petere debitori licebat Paul. 2. *sent.* 14. Id tamen obtinuit, si terrestres usuræ forent. Si enim in pecunia trajectitia nauticum fœnus exerceretur, propter periculum a creditore susceptum, quamdiu navigaret navis, infinitæ erant usuræ, & contrahentium arbitrio relinquebantur, ut constat ex Paulo *loc. cit.*

VI. Ubi rerum potiti sunt Christiani Principes, usuras non improbarunt, eorumque sexcentæ ea de re prostant constitutiones in Codice. Ipso igitur jure novissimo non prohibentur: nam Justinianus *l.26.C. de usur.* usuras non improbavit, sed tantum intra modum eas coerceri jussit. Quin Leo sapiens *novell.* 83. usuras in Oriente restituit caussatus, inconsulte eas vetuisse patrem. Verum enimvero inficias ego non ierim, mali moris usuras a recti exempli hominibus existimatas esse. Hinc ipsi Nicæni patres in universalibus Ecclesiæ comitiis vetuerunt, ne quoquo modo clerici fœnus exercerent, aut fruges cuiquam crederent hemiolia inde percepturi. (Hemioliæ usuræ proprie frugum erant, cum, frugibus mutuo acceptis, sexcuplum inde solvebatur. Ut enim advertit Gellius *noct.*

ad rationem assis. Hinc, ut usuræ semisses singulis annis sex pro centenis sunt, ita fœnus unciarium longe modicum erat, & unum quotannis ex eo redibat. Falso igitur Martinus Schookius *exerc. sacr.* 19. unciarium fœnus idem existimat cum usuris centesimis, quæ singulis annis duodecim pro centenis erant. Rem apprime evicit Gronovius *in dissert. de centes. usur. & fœnor. unciar.* Vide Noodt. *de fœn. & usur. l.* 2. *c.* 2.

noct. Att. 18. 14. *numerus hemiolios est, qui numerum aliquem in se habet, dimidiumque ejus, ut tres ad duo, quindecim ad decem*). Si qui clerici secus facerent, eos ordine jusserunt excidere Nicæni patres *can.* 17. Nihil adversus laicos statuerunt, seu quia eorum liberius esset institutum, seu ne legibus Principum fœnus non prohibentibus obrogare viderentur. Insequentium etiam conciliorum regulæ solis clericis fœnerandi licentia interdixerunt; idque adeo verum est, ut nullum conciliorum canonem protulerit Gratianus *in caus.* 14. *quæst.* 4. ubi id unice egit, ut usuris qua clericos, qua laicos interdictos ostenderet.

VII. At vero sæculo decimo secundo, auctoritate Gratianei syntagmatis valescente, durius cum fœneratoribus actum. Nam Alexander III. in Lateranensi concilio Christianos generatim omnes fœnus exercere vetuit: si secus facerent, fœnoris manifesti reos in vita quidem Ecclesiæ communione, post mortem vero Ecclesiastico sepulcro carere voluit *c.* 3. *X. de usur.* Concilii definitione exciti Christiani Principes serius ocius adversus fœneratores infestiores se præstiterunt. Et in Regnum Neapolitanum quidem concilii placitum statim admisit Guilelmus II. Verum insequuti Principes, per pontifices veluti signo sublato, de fœneratoribus atrocius statuerunt. Nam, ubi rerum Neapolitanarum potitus est Fridericus II. manifestos fœneratores amissione bonorum omnium coerceri jussit. Ea pœna Judæos tantum obstringi noluit, modo modestiores usuras exigerent, neque ex decem unciis quotannis ultra unam acciperent *const. usurariorum. de usurar. pun.* Sed & Juniores Neapolitani Principes atrociora adhuc

privilegia irrogarunt adversus fœnoris manifesti reos. Primo enim Carolus V. *pragm.* 4. *de usur.* adversus manifestarios fœneratores, ubi accusatores deessent, ex officio magistratus ipsos procedere jussit. Deinde tres etiam testes singulares, & in re propria testimonium perhibentes, ad dicendum contra usurarios testimonium admitti voluerunt Ludovicus, & Joanna, si publica fama fœneratorem argueret *pragm.*1.*eod.* Quod tamen in prædicta pragmatica sanctione cautum, ut tres testes singulares de crimine fœnoris aliquem revincere possent, pragmatici passim admittunt, si de usuris agatur in genere. Si enim de certa quadam usurarum specie quis sit revincendus, testes singulares admitti æquitas ipsa vetat. Vide Rovit. ad *d. pragm.* 1. *de usur.* Denique ipsa etiam Regis Catholici pietas in ea re Neapolitanis prospexit. Cum enim providentia sua rescivisset, valescere fœneratores in dies, eos, si mares essent, ad triremes per triennium damnari jussit; sin fœminæ, per tantundem temporis pœnæ, quam *Pœnitentiæ* vocant, mancipari voluit. Ejus vero criminis cognitione pendente, chirographa in favorem fœneratorum scripta viam, quam vocant, *exequutivam* habere vetuit *pragm.* 9. *Octobr.* 1736. Hinc constat, in Regno Neapolitano fœnus inter crimina publica referri oportere.

VIII. Jam vero, quod usuras in Regno prohiberi diximus, de iis tantum intelligi velim, quas *fœneraticias* doctores appellant, quæ scilicet ex præcedente contrahentium placito forti, tamquam fructus, accedunt. Si enim eæ *compensativæ* fuerint, peti non prohibentur. Usuras compensativas alio vocabulo pragmatici *interesse* vocant. Eo enim petitur, quanti creditoris interfuit, in red-

den-

denda pecunia per creditorem non admitti moram, eamque condicta die restitutam esse. Igitur per compensativas usuras peti a creditore solet, quantum ei abest, quantumque lucrari potuisset, si præstituto tempore pecunia restituta foret, seu, ut pragmatici loqui amant, *lucrum cessans*, & *damnum emergens*. Id quidem apud Romanos olim in contractibus stricti juris peti non poterat, nisi stipulatione sibi præcavisset creditor; verum, in ea re hodie contractuum bonæ fidei & stricti juris discrimine plane sublato, ex omnium fere Gentium institutis post moram admissam interesse peti permittitur. Illud singulare in Regno Neapolitano est, quod ex retardata solutione petere creditor interesse potest, licet non probaverit, sua interfuisse, condicta die pecuniam restitutam esse, atque ita quotidie judicatur in foro. Id autem in judiciis invaluisse videtur, quia in Regno, ut pragmatici loqui amant, *promptæ*, & *paratæ* sunt emptiones; proinde semper creditorum interesse videtur, suo tempore factam solutionem esse. Interesse autem in judiciis æstimari solet ad rationem annuorum redituum, quatuor scilicet, aut quinque pro centenis.

IX. Rursus fœnerator etiam haberi nequit, si quid ultra sortem sibi promitti quis caveat, suscepto in se periculo pecuniæ, quæ per loca insidiosa, aut trans mare sit transuectanda. Nimirum generatim alias pecuniæ creditæ periculum pertinet ad debitorem: proinde si per pactum in pecunia credenda conventum ejus periculum creditor in se recipiat, lucrum aliquod is sibi stipulari non prohibetur, tamquam pro periculi aversi pretio. In jure civili pecunia periculo creditoris trans mare

assecuranti pereant. Vicissim in periculi suscepti pretium certam *assecuranti* pecuniam promittit *assecuratus*. Periculi suscepti pretium apud nos hodie plerumque repræsentari solet. Quod si ejus solutio post navis appulsum dilata fuerit, *assecurationis* chirographum viam, quam vocant *exequutivam*, habet, nisi qua exceptio ex iniquitate chirographi manans executionem impediat Sanfelic. *decis.* 162. *n.* 7. Periculum autem ab *assecurante* susceptum *juris* vulgo doctores appellant, quia ex lege pacti in *assecuratione* initi periculum ad *assecurantem* pertinet, licet alias periculum dominum sequatur. Ceterum apud nos olim ob assecurationes vectigal fisco solvendum erat: id institui placuit, ut eo damnum resarciri posset, quod ob monetam in melius recusam fiscus subierat. Ita in Regno Neapolitano *arrendamentum assecurationum* evaluit *pragm.* 1. *& sequ. de assecur.* verum ejus hodie nullus usus, assecurationum vectigali remisso.

X. In præsenti autem de mutuo, & fœnore argumento duo passim a doctoribus disceptata video, primo scilicet, an fœnus jure naturali sit vetitum; deinde, an saltem per sanctissimas Christi leges prohibitum videri debeat. Quod ad primum, fœnus ipsa natura injustum censuere plerique. Eis auctor, & fundus est Aristoteles; is enim inter primos naturæ fœnus adversari pronunciavit, quia sterilis sua sit sponte pecunia; injuste igitur, & contra naturam eum videri agere, qui alios emungendo ex re per se sterili fructus exprimere velit. Secus visum aliis: eorum argumentum eo redit, omne commodum ex re aliena perceptum pretio æstimari posse; fœnus igitur, si sanguinolentum haud sit, licitum videri opor-

oportere, cum eo penſetur commodum ex aliena re ſibi paratum: ſi quid autem vitii uſuris inſit, id quidem non ex natura rei, ſed ex fœneratorum aviditate repetendum eſſe, qui iniquius fœnus exerceant, & ultra, quam ſuadeat ratio commodi ex re aliena percepti. Sed naturalis honeſtatis exploratores hæc viderint. Confer de tota re Puſendorf. *de jur. nat. & Gent.* 5. 7. 8. *& ſequ.* Illud affirmare auſim, veteres Juriſconſultos, & ipſos olim Chriſtianos Principes modicas uſuras natura turpes non cenſuiſſe: alias excuſari non poſſent, cum ſuis reſponſis, ac legibus eas non improbarint. Quod ad alterum, aperte Chriſtum uſuras prohibuiſſe plerique ſtatuunt: in eam ſententiam paſſim produci video apud Lucam illud, *mutuum date nihil inde ſperantes*. In eo præcepto tamen interpretando docti diſſident, & ipſe Grotius ſibi non conſtitit, ut plane patebit, ſi conferas, quæ ſcripſit *de jur. bell. & pac.* 2. 2. 20. cum iis, quæ adlevit ad *Luc. 6.* 35. Quidam non indocti homines Chriſti ſententiam interpretandam exiſtimant ſecundum legem Hebræis a Deo latam *exod.* 22. 25. ubi tantum a pauperibus uſuras exigi prohiberi ajunt. Sed in iſthæc judicium Theologorum eſto: nos de Prætoris edicto videbimus.

C A P U T II.

De commodato.

COmmodatum *contractus bilateralis eſt, quo certa res cuiquam gratis utenda datur ad certum modum, ac tempus, ut finito tandem uſu res ipſa reſtituatur in ſpecie* §. 2. *h. t.* Definitio ipſa

ipſa ſat indicat, quatenus diſtet a mutuo commodatum. Primo enim in commodato certa ſpecies, & in ſpecie reſtituenda datur; in mutuo datur certa quantitas, ſeu res fungibilis, & in genere tantum reſtituenda. Deinde, qui mutuo quid dat, rem facit accipientis, & quantitatem ipſam alienat; qui vero dat commodato, rei dominium ſibi retinet, in commodatarium innoxio tantum ejus uſu translato *d.* §. 2. *h. t.* & *l.* 1. §. 4. *ff. de oblig. & act.* Inde fit, ut, cum generatim res domino pereant, res quidem mutuo ſumptæ debitori pereant ſine diſcrimine; contra res commodatæ commodanti pereant. Per rei interitum igitur commodatarius liberatur ceterorum debitorum exemplo, qui, ſi certam ſpeciem debeant, per ejus interitum liberantur *l.* 5. *ff. de reb. cred.* Quod tamen diximus, per rei commodatæ interitum commodatarium liberari, id quidem intellige, ſi vi divina, ac fortuito caſu res pereat. Primo, enim ſi in re reſtituenda commodatarius moram admiſerit, detrimentum ipſius erit *l.* 23. *ff. de verb. oblig.* Deinde ſi ipſius commodatarii vel leviſſima culpa res intercidat, ipſe damnum ſarcire debet *l.* 18. *ff. commod. vel contr.* Quod tamen Juriſconſulti ajunt, ipſam culpam leviſſimam a commodatario præſtari oportere, id quidem intellige, ſi in ſolius accipientis utilitatem res commodata dicatur; ſi enim in utriuſque contrahentis gratiam, quod aliquando fit, res commodata fuerit, ex regula generali contractuum, qui utriuſque contrahentis emolumento cedunt, commodatarius culpam levem tantum præſtare compellitur *d. l.* 18. *ff. eod.* Rurſus, quod in definitione rem commodato traditam gratis utendam dari monuimus, id eo pertinet, ut merces omnis a com-

commodato absit: si enim in rei usu tradendo merces intercedat, locatio, non commodatum erit, siquidem certa ab initio merces sit constituta: sin finito usu aliquid præstari placuerit, contractus erit innominatus, *do*, *ut des*. Denique quod certum modum, ac tempus in commodato definiendo meminimus, id plura suggerit. Tempus enim in commodato conventum commodatum a precario separat. Res enim precario tradita statim, si lubet, ante perceptum usum a domino repeti non prohibetur; contra rem commodatam ante tempus contractu præfinitum commodatarius restituere non cogitur *l.* 1. *ff. de precar.* & *l.* 17. *ff. commod.* At vero modus commodato appositus utendum re commodata monet intra usus præstituti fines. Si enim, quod utendum quis accepit, ad aliam rem, atque acceperit, usus esse coarguatur, furti se obligabit. Nam qui ultra præscriptos in contractu fines aliena re utitur, rem ipsam invito domino contrectare videtur *l.*45.*ff.de furt.* Atque ea quidem in re severiora judicia veteres reddidisse comperio. Nam furti eum damnatum novimus, qui jumentum aliorsum duxerat, quam quo utendum acceperat Gell. *noct. Attic.* 7.15.

II. Jam vero cum bilateralis contractus sit commodatum, certumque sit ei nomen, duæ inde præsto sunt actiones ipsi commodato cognomines. Verum ab ipso contractus initio tantum commodatarius obligatur; commodans ex post facto tantum obligari potest. Hinc quæ actio ab initio contractus oritur, *directa commodati* dicitur, eaque commodanti datur adversus commodatarium, ejusque heredes ad rem in specie post præstitutum tempus restituendam, damnumque resarciendum quacumque culpa illatum. Contra, quæ actio ex post

post facto oritur, *commodati contraria* dicitur, eaque indemnitatem suam commodatarius ipse persequitur, si quos sumptus haud modicos in rem commodatam impenderit, damnive quid senserit ob vitium in re commodata latens. Sed passim isthæc ad præsentem Triboniani locum congesserunt interpretes. Illud adverti malim, municipali jure in mutuo, deposito, commodato restituendo moras admitti prohiberi. Si quis enim mutuo, commodato, depositove rem traditam interpellatus non restituerit, ac moras usque nectendo judicis sententiam expectare malit, non solum adversario rem restituere compellitur, sed tertiæ quoque partis æstimationem fisco damnas est solvere, nisi moram purgarit ante sententiam *const. Regiæ Majestatis. de mutuat. & recomand. pecun.* Verum ejus constitutionis remissus est rigor, cum rara felicitate temporum vix usquam hodie ex privatorum negotiis fiscus compendium captare soleat.

CAPUT III.

De Deposito.

Tertia contractuum species, qui re ineuntur, depositum est, seu contractus ille, *quo quis rem mobilem alienam apud se gratis custodiendam ita deponi patitur, ut, quandocumque depositori placuerit, res ipsa deposita restituatur in specie.* §. 3. *inst. h. t.* Cum igitur res deposita gratis custodienda suscipiatur, omnis a deposito merces abesse debet: alias si ab initio pro rei custodia certa merces constituta fuerit, locatio conductio erit; sin quid aliud pro rei custodia præstari placuerit, con-

contractus erit innominatus *l.* 1.§.8.*ff.depos.vel contr.* Ipsa autem natura depositi suadet, non solum rem ipsam depositam depositori pro lubitu repetenti restituendam esse cum fructibus, & omni causa *d. l.* 1. §. 24. *ff. eod.* verum usuras etiam a tempore moræ per depositarium solvi oportere *l.* 2. *C. eod.* Rursus cum tantum rei custodia in depositarium transferatur, is re deposita uti nequit; alias & ipse furtum usus admittet. At vero cum deponens depositarii fidem unice sequatur, quæcumque causa obtendatur, ei depositum repetenti denegari non debet. Hinc ex Triphonini sententia *in l.* 31. §. 1. *ff. eod.* vestes a latrone raptæ apud quempiam deposito commendatæ ipsi latroni denegandæ non erunt, modo ne dominus simul cum latrone petat. Multo minus igitur compensationis obtentu, aliave de causa fidem fallere depositario licet *l.ult. C. eod.* Ceterum cum in contractibus generatim omnibus in heredes etiam obligatio transeat, utroque, vel alterutro contrahente mortuo, depositum eadem lege restitui oportebit. Si igitur unus ex asse heres depositori extiterit, ei quidem in solidum depositum restituendum erit; sin ei plures heredes fuerint, cuique repetenti pro rata hereditaria res deposita restituetur *l.* 1. §. 36. *ff. eod.* Quod si duo heredes ad alterutrum tantum hereditatem pertinere contendant, totum restitui depositum oportebit ei, qui cautione præstita depositarium se defensurum promiserit. Si neuter id onus suscipere velit, res jussu judicis in tuto collocabitur, donec de herede constiterit *d. l.* 1. §. 37. *ff. eod.*

II. Jam vero furi non manifesto similem dolosum depositarium censuere Decemviri. Seu enim is depositum inficiaretur, seu in eo restituendo dolo ma-

lo malo quoquo modo ageret, duplo eum multari voluerunt. Vulgatum ea de re Decemvirale carmen; *si quid endo deposito dolo malo factum escit, duplione luito*. Generatim igitur jure civili in deposito dolus admissus sine discrimine duplo vindicari jubebatur. Verum juris asperitatem in ea re Prætor edicto mollitum ivit. Distinctionem enim edicto Prætor invexit inter depositum *simplex*, & *miserabile*: miserabile depositum censebatur, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa factum esse diceretur *l.* 1. §. 1. *ff. depos. vel contr.* Si igitur depositum simplex esset, non ultra simplum dolosum depositarium conveniri voluit; sin miserabile foret, dolosum depositarium duplo coerceri curavit *d.l.*1.§. 1. *ff. eod.* Prædictum autem in deposito discrimen æquissimum Prætori visum. Nimirum cum quis ultro fidem cujuspiam elegisset, ejusque spem dolo suo depositarius frustratus esset, eum simplo contentum esse oportebat, ac sibi imputare, quod extra fatalem necessitatem positus rem suam doloso homini sponte commendasset. Contra cum quis necessitati obsequutus in incendio, tumultu, ruina, naufragio quid deposuisset, humanitas ipsa suadebat, sanctius ei rem depositam custodiri. Si quid igitur dolo malo adversus depositi sanctitatem per depositarium admissum esset, perfidiæ crimen ex re tam luctuosa compendium suum captantium, tamquam Reipublicæ perniciosius, severius vindicandum videbatur. Recte igitur Prætor dolum in deposito miserabili duplo coercuit. Verum fluxis in dies moribus, inter depositum miserabile, & simplex vix usquam in foro hodie distingui solet.

III. Porro solemne veteribus Romanis erat,

res suas non solum apud privatos deponere, sed majoris etiam securitatis causa sacris ædibus commendare. Id passim testantur veteris ævi scriptores, ejusque consuetudinis in jure quoque civili monumenta prostant. Vid. *l.* 1. §. *36.* & 37. & *l.* 5. §.2. *ff.depos. vel contr.* Hinc templa custodia militari muniri consuesse ostendit Lipsius ad *Tacit.ann.* 1. Qui cautius etiam sibi consulerent, pecuniam suam apud mensarios, aut nummularios deponebant. Inter eos illud intererat, quod mensarii publicas rationes conficerent, nummularii vero privatas. Illi publicam pecuniam principali nomine custodiebant; hi vero privatam præter suam etiam, qua fœnus exercebant. Vid. Lips. *de privil.civ. Rom.*2. 11. Quod igitur hic advertendum, privata pecunia non minus mensariis, quam nummulariis, & argentariis commendari solebat. Nam nummulariorum quoque tabernas fuisse publicas, earumque usum ad privatos pertinuisse testatur Ulpianus *in l.* 32. *ff. de contrah. empt.* Verum ad nummularios pecuniam cives deferre solebant non solum depositi causa, sed etiam ut inde usuras perciperent. Minus cauta pecunia eorum erat, qui eam fœnoris causa apud nummularios deponerent. Si enim nummularii foro cederent, qui pecuniam nulla spe fœnoris deposuissent, eis potiores erant, qui fœnus cum nummulariis, aut per nummularios exercerent *l.* 7. §. 2. *ff. depos. vel contr.* Quo tamen argumento inepte quis statuat, mensæ creditores chirographarios hypothecariis præferri oportere: neque enim depositi obtentu chirographarii intercipere cuiquam debent jus hypotheca quæsitum. Id apud nos disceptari contigit, cum superiori sæculo publicæ mensæ defecisset fides; cui controversiæ tamen

men transactione finis fuit impositus. Ceterum prædictæ legis argumento facile eviceris, in publicæ mensæ defectu simul admittendos esse, qui penes eam pecuniam deposuerint, neque ordinis rationem haberi oportere: id enim de mensa privata diserte respondet Ulpianus *d. l.* 7. §. 3. Inde etiam facile probes, depositum apud mensam factum *irregulare* esse, ejusque dominium mensæ parari. Proinde si de mensa pecunia abripiatur, ipsi mensæ, non depositori perit. Sed piget isthæc reminisci, ac Deum Optimum Maximum enixe rogo, ne ejusmodi apud nos quæstiones patronos causarum exerceant.

IV. Mensæ autem argentariorum maximo emolumento civibus apud Romanos erant. Argentarii enim non solum, ut vidimus, depositam civium pecuniam custodiebant, sed privatorum etiam rationes ab ipsis asservabantur. In ipsorum igitur tabulis certissima præsto erant monumenta civibus, quid aliis expensum, quid acceptum esset. Hinc scripturæ ex argentariorum mensis depromptæ fidem in judiciis faciebant. Quapropter in argentariorum libris totius commercii fidem contineri Prætor advertens edicto cavit, ut argentariæ mensæ exercitores privatorum rationes interpellati ederent *l.* 4. *princ. ff. de edend.* Si dolo malo rationes non ederet argentarius, quanti petentis intererat, præstare cogebatur *l.* 8. *ff. eod.* Ita quidem argentarium negotium apud Romanos comparatum erat. Verum apud nos nusquam exercentur hodie argentariorum privatæ mensæ. Quæ enim apud nos mensæ *banci* dicuntur, publicæ sunt omnes, licet in ipsis non minus publica, quam privatorum pecunia asservari soleat. Ceterum ut ex argentario-

rum mensis scripturæ deprompta apud Romanos olim plenam faciebant in judicio fidem, ita apud nos hodie exempla ex mensariorum actis desumpta plenam probationem in judicio faciunt. Quemadmodum etiam, ut, cautius solventi foret, per argentarios olim pecunia solvebatur, ita apud nos etiam cautionis ergo per publicam mensam pecunia solvi solet. Ubi autem denunciatum id creditori fuerit, pecuniæ in publica mensa obsignatæ periculum creditoris erit, & usurarum cursus statim ab obsignatione sistitur ex *l. 6. C. de usur.* Ceterum dolus argentariorum olim apud veteres civili pœna multabatur. Verum municipali Neapolitanorum jure mensariorum dolum capite puniri placuit, cum ex eorum fide fortunæ privatorum pendeant, & mensæ publicæ totius commercii sint firmamentum *pragm. 1. de nummul.* Hinc apud nos si mensarii foro cedant, ac sex dierum spatio post citationem copiam sui non faciant, proscribi jubentur *d. pragm. 1. de nummul.* Pragmaticæ vero rigorem ulterius extendi placuit *pragm. 4. eod.* Siquidem ibi cautum, ne latitantes nummularii pœnam effugerent, licet alieno dolo defecerit mensæ fides: neque enim ignoscendum est illis, qui sui copiam facere detrectant, quorum præsentia res mensæ male cedentes adjuvari possint. Vid. Rovit. ad *d. pragm. 1. de nummul.* Cum vero mensariorum dolus maxime perniciosus Reipublicæ sit, ii, si foro cesserint, asylo Ecclesiastico uti nequeunt, idque diserte cautum per pacta conventa inter Benedictum XIV. & Augustissimum Regem Catholicum *concord. c. 2.*

V. A deposito parum abest sequestratio, qua res seu mobilis, seu soli cuiquam custodienda, & curan-

curanda traditur, ut mox ei reddatur, ad quem pertinere videbitur. Id autem fieri poteſt vel privata conventione partium, vel plerumque etiam juſſu judicis. Hinc vulgata ſequeſtrationis diviſio in *voluntariam*, & *neceſſariam*. Verum ſine cauſis in jure proditis res litigioſa ſequeſtro poni non debet *l. un. C. de prohib. ſequeſtr. pecun.* Singularis eſt ſpecies in jure Pontificio *in c.* 14. *X. de ſponſ. & matr.* quo cautum, ut puella, quæ duobus matrimonium pollicita fuerat, uſque ad finem litis apud ſequeſtrem eſſet. Officium autem ſequeſtris erit, non ſolum res ſequeſtro poſitas ſine dolo, aut lata culpa adminiſtrare, ſed fructus etiam inde colligere, aſſervare; quæ vero ſervando ſervari nequeunt, diſtrahere, eorumque pretium depoſiti titulo cuſtodire. Vide Struvium *in ſyntagm. juriſprud. exerc.* 21. *th.* 52. Cum vero in ſequeſtratione tantum ſequeſter ab initio obligetur, ex generali regula ab initio tantum actio *directa ſequeſtraria* ex ea naſcitur. Ea autem actione victor adverſus ſequeſtrem aget, ut rationes reddat, dolum, & latam culpam ſarciat, & rem ipſam ſequeſtro poſitam cum omni cauſa reſtituat, ut paſſim hic advertunt interpretes. Ceterum ſi ad rem cuſtodiendam utiliter quid ſequeſter impenderit, ei etiam ex poſt facto competit actio *ſequeſtraria contraria*, eaque ſuam indemnitatem perſequitur. Modo haud abſimili duplex etiam ex depoſito naſcitur actio, *directa* depoſiti ſcilicet, & *contraria*. Directa adverſus depoſitarium deponenti datur ad rem depoſitam cum omni cauſa reſtituendam, damnumque ſarciendum dolo illatum, aut culpa lata. Quod ſi in rem depoſitam utiliter quid impenderit depoſitarius, ad repetendas impenſas con-

traria depositi actio ei competet *l. 5. ff. deposit.* Ad suam autem consequendam indemnitatem depositarius non solum actionem, sed potiori jure rei quoque depositæ retentionem videtur habere.

CAPUT IV.

De pignore, & hypotheca.

Pignoris vocabulum πολυσημον est, & in jure passim tres notiones habet. Primo enim jus in re significat creditori quæsitum; deinde rem ipsam indigitat creditori obligatam; denique contractum ipsum debitoris, & creditoris gratia fieri solitum, debitoris quidem, ut pecunia facilius ei credatur; creditoris vero, quo cautius sit ei creditum. In §.4.*h.t.* de pignore Tribonianus agit, quatenus re initus contractus est. Eo igitur *a debitore securitatis causa res ita creditori traditur, ut soluto debito res eadem restituatur in specie d.§.4. h.t.* Proinde, ut pignus contractum videri queat, rei pignoratæ possessio tradi creditori debet. Si enim rei obligatæ pro debiti securitate possessionem apud debitorem ipsum esse placuerit, non pignus, sed hypotheca contracta dicetur *l. 9. §. 2. ff. de pign. act.* Cum vero pignus in securitatem, non in usum creditori detur, re pignorata creditor uti nequit, nisi pactum αντιχρησεως, seu mutui usus ad usuras pensandas pignori fuerit appositum *l.11. ff. de pign. & hypoth.* Quod igitur hic adverti velim, in constituendo pignore permissum est pactum αντιχρησεως, neutiquam vero lex commissoria, qua conveniri solet, ut si præstituta die pecunia soluta non fuerit, res pignori tradita in creditoris domi-

minium translata intelligatur. Id enim pactum ratum haberi vetuit Constantinus, cum quia ab avaritia creditorum profectum videri oporteret, tum quia ei se plerumque subjicerent debitores necessitate compulsi. Hi enim in rebus angustis inviti se hac lege obstringunt, ut ipsis facilius pecunia credatur *l. fin. C. de pact. pign.*

II. Porro cum pignus contrahentis utriusque gratia iniri soleat, duplex inde nascitur actio, altera quidem ab initio *directa*, altera ex post facto *contraria*. Directa pignoratitia debitori competit: ea igitur expuncto debito adversus creditorem is agit, ut rem pignoratam cum omni causa restituat, ac damna sarciat culpa vel levi data. Creditori tamen pignus retinere licet, si quam aliam pecuniam sine nexu pignoris debitori crediderit, licet is nomen expunxerit, cujus causa pignus sit constitutum *l. un. C. etiam ob chirograph. pecun. pign. ten. poss.* Viciffim actio pignoratitia contraria creditori datur, ut impensas obtineat utiliter in rem obligatam factas, ac generatim consequatur indemnitatem, si quod damnum senserit non solum dolo, sed & culpa levi debitoris illatum. Sed de his ad fastidium usque doctores ad *d.* §. 4. *h. t.* Illud admonere præstiterit, jure civili quidem inspecto, si de debiti summa non liqueat, eatenus debitorem damnandum videri, quatenus probatum a creditore fuerit per instrumenta, vel testes. Verum per consuetudines Neapolitanas, si in controversiam summa veniat, ob quam pignus sit obligatum, de summa debiti usque ad pretium ipsius pignoris creditori jurato credi jubetur *consuet. 1. de pignor.*

III. Hactenus de pignore actum, quatenus

 con-

contractus est ; nunc de eo videndum , quatenus idem jus in re creditori parat . Jus autem in re obligata creditori quæritur vel per contractum re pignori tradita , vel auctoritate Prætoris , aut judicis, vel nudo hypothecæ pacto , vel denique jussu legis sine facto hominis jus hypothecæ constituentis. Hinc, quatenus jus in re pignus parit, dividi vulgo solet in *conventionale*, *Prætorium*, *judiciale*, & *legitimum*, seu *tacitum*. Per pignus igitur , aut hypothecam jus in re quæritur vel auctoritate legis , vel jussu judicis , vel debitoris consensu : alias invito debitori pignus extorquere non licet , quamvis pacti sint contrahentes , ut privata creditoris auctoritate pignus capere liceat. Vid. Struvium *in syntagm. jurisprud. exerc. 26. th.* 41. Verum per consuetudines Neapolitanas pignus per se capere creditori licet pro prædii locati mercedibus , aliisque causis enumeratis *in consuet.* 1. 2. & 3. *in quib. caf. lic. auct. propr. pign.* Sed prædictas consuetudines auctoritate privata pignora capi permittentes repudiavit fori praxis rectius instituta, ut inter cives diffidia, ac turbæ præcaverentur . Totius etiam Regni municipali jure pignoris causa capi non prohibentur animalia , quæ pauperiem in agro alieno fecerint; ea tamen bajulis deferri debent ; ab iis pignoris causa detinebuntur , donec illatum damnum sarciatur ex Friderici II. *const. animalia . de anim. invent. in damn.*

IV. Jam vero auctoritate privata solius debiti causa solet jus pignoris , aut hypothecæ constitui. Idem obtinet in judiciali pignore . Hoc enim pignus constituitur rei judicatæ exequendæ causa. Si enim intra inducias a re judicata concessas pe-

pecuniam non extricet creditori debitor, bona ipsius in causam judicati capi jubentur, & opportune distrahi, ut ex pretio redacto satis creditori fiat *l.* 2. & 3. *C. si in caus. judic. pign. capt. sit.* Verum ex recepta fori consuetudine res in Regno causa judicati captæ distrahi prohibentur, nisi *mandatum ad reluendum* factum debitori fuerit, & , eo adhuc cessante, contumaciæ incusentur. Vid. Caravit. ad *rit.* 270. Contra jussu Prætoris bona pignoris causa capi jubentur non solum debiti contracti causa, sed ubicumque id justum Prætori videbitur, ut ita rei contumacia coerceatur. Ita quidem, si non caveatur de legato, aut fideicommisso præstando, legatarium, aut fideicommissarium Prætor legatorum, fideive commissorum servandorum nomine ire in possessionem jubet *l.* 1. *ff. ut in possess. legat. vel fideicomm. servand. caus.* Pignoris etiam nomine ire jubet Prætor in possessionem bonorum ejus, qui damni infecti cavere nolit *l.* 5. §. 1. *ff. eod.* Quo casu tamen ex primo decreto tantum custódia rerum, in quarum possessionem missus quis fuerit, obtinetur *d. l.* 5. *princ. ff. eod.* Quod si ex secundo quoque decreto eum Prætor possidere jusserit, jus etiam dominii in re exercebit *l.* 15. §. 33. *ff. de damn. infect.* Verum quomodo municipali jure coerceatur in Regno rei se non sistentis contumacia, liquebit infra *libr.* 4.

V. Aliquando ipsius legis beneficio jus pignoris parari diximus, idque fit, quibus in casibus ipsa lex bona cujusquam hypothecæ subesse jubet: quæ proinde hypotheca *legalis* dicitur: ea appellatur & *tacita*, quia datur ab ipso jure, nullo contrahentium intercedente pacto. Ejusmodi autem hy-

potheca non semel in jure decernitur. Ita quidem ob tributorum solutionem lex ipsa bona civium hypothecæ subjicit *l.* 1. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contr.* Haud absimile jus ad dotem consequendam marito competit in bonis aut mulieris, aut ejus, qui dotem de suo promisit *l. un.* §. 1. *C. de rei uxor. act.* Vicissim etiam jus non diversum uxori competit, si restituenda dos sit, aut ejus augmentum, in omnibus viri bonis, aut ejus, qui dotem accepit *l.* 1. *ff. qui potior. in pign. hab. & novell.* 97. *c.* 2. Tacitæ etiam hypothecæ jure utuntur, qui in domus refectionem pecuniam crediderunt *l.* 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contr.* minores, & pupilli in rebus pecunia ipsorum emptis *l.* 7. *ff. qui potior. in pign.* & in bonis generatim omnibus tutorum, curatorumve *l. ult. ff. de tut. & ration. distrah.* legatarii etiam in omnibus defuncti bonis *l.* 1. *C. comm. de legat.* Denique, ne singula persequar, hypothecæ subsunt invecta, illata in prædium urbanum, licet eodem jure in invectis in prædium rusticum uti non liceat *l.* 4. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contr.* Confer Struvium *syntagm. jurispr. exercit.* 26. *th.* 14. *& sequ.*

VI. Quocumque modo jus hypothecæ sit constitutum, si rei hypothecæ suppositæ creditor possessionem haud habeat, actionem hypothecariam eam ob rem instituere potest, Servianam scilicet, aut quasi Servianam, non solum adversus debitorem ipsum, sed & adversus tertium possessorem, si res hypothecæ supposita judicii tempore penes tertium reperiatur. Si agatur igitur ex hypothecæ jure, actione Serviana a Servio Prætore dicta locator prædii rustici res expresse sibi pro mercedibus obligatas persequitur §. 7. *inst. de act.* Actione vero

vero quasi Serviana ad exemplum Servianæ recepta ob res seu expresse, seu tacite sibi obligatas adversus quoslibet possessores creditor agit, ut aut res obligatæ sibi tradantur, vel solutione præsenti eæ nexu pignoris liberentur *l.* 13. §. 3. *ff. de pign. & hypoth.* Ceterum si quasi Serviana contra tertium possessorem agatur, siquidem specialis hypotheca fuerit, creditor probare debet, rem hypothecæ constitutæ tempore in bonis debitoris fuisse; sin generalis hypotheca constituta sit, rem saltem post hypothecam ad debitorem pertinere cœpisse *l.* 15. §. 1. *ff. eod.* Verum jure novissimo adversus tertium possessorem hypothecariam instituere non licet, nisi prius actione personali ipse debitor, ejusque fidejussores excussi fuerint *novell.* 4. *c.* 2. Id ipsum tamen quatenus immutatum fuerit municipali jure, libro quarto liquebit infra, ubi judicium, quod *assistentiæ* vocant, edisseremus.

VII. Jam vero hypotheca aut *specialis*, aut *generalis* est. Specialis hypotheca dicitur, si una, pluresve res certæ fuerint hypothecæ suppositæ. Generalis vocatur, si bona cujusquam omnia placuerit hypothecæ subjici. Si de generali hypotheca convenerint contrahentes, bona omnia seu præsentia, seu futura hypothecæ supposita censebuntur. Neque tamen, ut generalis hypotheca contracta dicatur, oportet, ut bonorum omnium præsentium, & futurorum fiat in contractu mentio. Si quis enim simpliciter *res ad se pertinentes* hypothecæ subjecerit, generalis hypotheca contracta videbitur ex Iustiniani constitutione *in l.* 9. *C. quæ res pign. oblig. poss.* Cum igitur, generali hypotheca inita, omnia debitoris bona eo vinculo afficiantur, si post contractum aliquid alienatum a debitore

fue-

fuerit, eo nomine hypothecaria conveniri poterit quilibet tertius possessor in solidum. Licet enim Rex Ferdinandus decreverit, ut tertii possessores pro rata singuli convenirentur in Regno, decretum id tamen recepta sententia fori respuit. Vid. Afflict. ad *constit. si quis in posterum. n.* 3. A generali autem hypotheca parum abest *universitatis*, quæ dicitur, obligatio, veluti armenti, vel gregis. Eo igitur casu, si, prioribus capitibus decedentibus, renovatus totus grex fuerit, nova capita, quæ submissa dicentur, hypothecæ suberunt *l.13.princ. ff. de pign. & hypoth.* Ceterum, ut cautius olim creditori foret, specialis hypotheca solebat cum generali conjungi. Proinde jure pandectarum, si utramque hypothecam pactus sibi quis esset, integrum ei erat, hypothecariam instituere seu super rebus nominatim obligatis, seu super rebus generatim hypothecæ suppositis *l.* 15.§.1.*ff. eod.* Duriusculum tamen Severo, & Antonino id visum. Proinde actionem creditori competere noluerunt super rebus generatim hypothecæ suppositis, si solidum consequi is posset ex rebus, quæ nominatim obligatæ forent *l.* 2. *C. eod.* Verum apud nos hodie hanc legis æquitatem facile creditores eludunt, si clausulam apponi instrumento curarint, *ut specialis hypotheca generali non deroget*. Ubi enim ita placuerit, possessores rerum generatim hypothecæ suppositarum conveniri poterunt, neque cogetur creditor, antea convenire rei possessorem speciatim hypothecæ suppositæ de Franch. *decis.* 5. & ibi de Luc. *n.* 1. & 2.

VIII. Si in debitoris angustiis plures creditores urgeant, sæpissime disceptari solet, qui potiores in obærati rebus haberi debeant. Ut controversia

isthæc

iſthæc recte definiatur, advertendum in primis, creditorum ſummam diviſionem eſſe in *hypothecarios*, & *perſonales*. Hypothecarii dicuntur, qui hypotheca ſibi proſpexerint; perſonales vocantur, qui nullo hypothecæ vinculo perſonam obærati tantum obligatam habent. Hi cum nudo chirographo ſibi cavere ſoleant, vulgo dicuntur etiam *chirographarii*, ſeu *inſtrumentarii*. Utrique ſeu hypothecarii, ſeu chirographarii vel *tales ſimpliciter* ſunt, vel aliquo privilegio muniuntur, quos proinde *privilegiatos* appellant. His ita præmiſſis, in creditorum concurſu hanc primum ſervato regulam ex *l.* 3. *9.* & 10. *C. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. Hypothecarii perſonalibus præferuntur.* Eam vero regulam æquitas ipſa ſuaſit. Cum enim hypotheca res ipſas afficiat, & jus creditori pariat in rebus hypothecæ ſuppoſitis, æquiſſimum videri debet, creditores hypothecarios eis potiores eſſe, qui per nudam perſonæ obligationem ſibi proſpexerint. Aliquando tamen quarumdam cauſarum favor expoſcit, ut creditores chirographarii hypothecariis præferantur. Ipſis igitur hypothecariis potiores haberi jubentur, qui in defuncti funus quid impenderint *l.* 14. §. 1. *ff. de religioſ.* eiſque fori æquitas æquiparari juſſit, qui in ultimum defuncti morbum quid erogarint. Eodem privilegio cenſeri placuit in hereditatem jacentem erogatos ſumptus, ſalaria procuratorum, & patronorum, qui adhibiti fuerint vel teſtamento inſinuando, vel inventario conficiendo, vel in alias neceſſarias hereditatis cauſas miniſterium ſuum præſtiterint *l.* 22. §. *9. C. de jur. delib.* Regula ſecunda eſto. *Inter ipſos hypothecarios privilegiati non privilegiatis præferuntur ſecundum ordinem in jure conſtitutum.*

Ipſi

Ipsi privilegiati igitur sine discrimine præferri non debent., sed si privilegium cum privilegio collidatur, secundum ordinem a jure constitutum præferri privilegiati debent. Quod ad ordinem privilegiatis a jure constitutum, cum causa publica ceteris potior haberi debeat, primum omnium potior est fisci causa, si fisci prior sit obligatio *l.* 2. *C. de privil.fisc.* Secundus privilegii ordo mulieris, ac liberorum est, si dos vindicetur. Dotis enim causam creditoribus etiam anteriorem hypothecam habentibus potiorem haberi jussit Justinianus *l.ult.C.qui potior.in pign.* Tertium inter privilegiatos ordinem habent, qui ad domum reficiendam, eamve comparandam pecuniam crediderint, si speciali hypotheca in eam rem sibi caverint *l.* 5.*&* 6.*ff.eod.* Inter reliquos hypothecarios ex generali regula prior tempore potior jure erit *l.* 10. *ff.eod.* Quod si tempore pares sint hypothecarii, qui, prior possessionem est nactus, ceteris præferetur, cum in pari causa favorabilior sit causa possidentis *l.* 128. *ff. de reg. jur.*

TITULUS XVI.

De verborum obligationibus.

QUemadmodum contractus reales non nudo consensu, sed rei etiam interventu perficiuntur, ita contractus, quos verbis perfici Jurisconsulti ajunt, ut rite consistant, præter consensum verborum quoque solemnitatem requirunt. Et apud veteres quidem plures contractus per verborum solemnitatem expeditos novimus: id sane pridem ostenderunt interpretes de dotis dictione solemni,

& ſolemni juramento liberti, quo in manumiſſione patrono promittebat operas. Vid. Schulting. ad Caii *inſtit.* 2. 9. 3. *& ſequ.* Verum, ubi quibuſcumque verbis dotem placuit promitti poſſe, & operas etiam ſine religione juramenti promiſſas a liberto petere patrono conceſſum, ex contractibus per verba ſolemnia iniri ſolitis ſola ſuperfuit ſtipulatio. Ea autem definiri poteſt *contractus unilateralis, quo quis alterius interrogationi per verba ſolemnia rite factæ congrue reſpondendo ad aliquid præſtandum, aut faciendum obſtringitur, quod alterius intereſt.* Exemplum eſto: *promittis mihi centum? promitto.* Igitur, rigore juris inſpecto, ut quis dare, facere compelli poſſit, nihil ultra requiritur, quam ut rite interroganti congrue reſpondeat. Ut tamen alias metus exceptione Prætor ſtipulationem ſe infirmaturum edixit, quæ per metum extorta foret, ita per doli exceptionem elidi curavit ſtipulationem, quæ ſine juſta cauſa interpoſita fuiſſe diceretur. Licet enim ſtipulationis tempore videretur nil dolo geſtum, litis tamen conteſtatæ tempore doloſe videbatur agere ſtipulator, qui ex ſtipulatione ſine cauſa interpoſita petere perſeveraret *l.* 2. §. 3. *ff. de dol. mal. & met. except.* Quamvis enim ſeparatus per ſe contractus ſit ſtipulatio, firmandis tamen aliis obligationibus potiſſimum fuit inducta, eamque ſine cauſa interpoſitam æquitas tueri non poſſe videbatur.

II. Porro nemo unus ignorat, ſtipulationes apud Romanos latiſſimi fuiſſe uſus. Nam nullum fere negotium veteres occœptabant, quod ſtipulatione firmandum negligerent. Primo enim cum ex nudo pacto actionem denegarent leges, ut

ut inde liceret agere, quotidiana pacta conventa stipulationum præsidio munienda erant. Deinde in ceteris quoque contractibus, quibus certa actio prodita in jure fuerat, qui cautius sibi consulerent, ad stipulationum firmamentum confugiebant, ne quando adversus contractus vitilitigatores quid molirentur. Hinc ob stipulationes omnibus plerumque negotiis apponi solitas in omnibus fere veterum pactionibus formula hæc apposita legitur, *rogavit Titius*, *spopondit Mævius l.* 7.§.12.*ff.de pact.* Neque in privatis tantum negotiis, sed in rebus etiam publicis expediendis latissimus erat stipulationum usus. Seu enim leges in comitiis ferri, seu hostes in deditionem accipi, seu fœdus iniri cum Civitatibus oporteret, ea omnia sine stipulationum formulis non transigebantur. Vide Pancirol. *variar. lect.* 3. 25. In ipsis quoque judiciis vix serio videbatur actum, nisi, quod promissum esset, stipulatio confirmaret. Hinc *sponsiones* in judiciis frequentissimæ, quibus vicissim actor, & reus *restipulari* dicebantur. Conf. Sigon. *de judic. c.* 21. Cum igitur per stipulationis additamentum pleraque omnia veteres confirmari curarent, facile mihi persuaserim, stipulationis vocabulum a *stipulo* deducendum esse. Ut enim observat Tribonianus *princ. h. t.* post Paulum 5.*sent.*7. quod firmum esset, veteres dixere *stipulum*. Neque vero operam Romanos lusisse putes, qui contractus aliunde ratos stipulationibus firmare satagebant. Eis enim stipulatio apponebatur, tamquam deliberati consilii certius argumentum. Vid. Heinecc. *de jurispr. formular.* §.14.

III. Jam vero ad Leonem Imperatorem usque, ut stipulatio rite consisteret, non solum rogatio, &

& consona responsio adhibenda erat, sed verba quoque solemnia. Verum eam juris subtilitatem negotiis expediundis infestiorem Leo remitti jussit, ac stipulationes ratas haberi voluit, licet verbis solemnibus destituerentur. In eis nil ultra requiri jussit, quam stipulatoris rogationem, eique congruam promissoris responsionem *l.* 10. *C. de contr. stipul.* Cum tamen hodierni mores ad simplicitatem juris Gentium omnia fere redegerint, ac pacta nuda ubique in Europa juris necessitatem acceperint, stipulationes, prout in jure Romano præscribuntur, vix usquam apud nos adhibentur. Per nuda enim pacta passim expediri solent in Regno, quæ veteres per stipulationum ambages expediebant. Cave tamen, existimes, inutilem hodie stipulationum doctrinam esse. Si enim a rogationis, & responsionis necessitate discesseris, in pactis hodie non alio fere jure utimur, quam quo Romani olim in stipulationibus utebantur. Quod igitur semel admonitum volo, quæ de stipulationibus dicturi sumus, non solum pactis, sed & contractibus generatim omnibus recte apud nos hodie accommodantur.

IV. Non uno autem modo contrahi stipulatio potest. Recte enim initur aut *pure*, aut *sub conditione*, aut *in diem*, aut *ad diem usque*. Principio igitur pure contrahi stipulatio dicitur, si neque diem, neque conditionem habeat. Proinde si pure stipulati sint contrahentes, dies obligationis statim cedit, & venit. Quod igitur pure promissum fuerit, statim a stipulatione inita debetur, & peti potest *l.* 14. *ff. de reg. jur.* Id tamen de jure petendi, & actione jam nata intelligi velim. Quod enim ad ipsius rei promissæ præstationem,

nem, humanitas ipsa suadet, aliquod temporis laxamentum promissori indulgeri, intra quod solutio commode expediri possit. Duriuscula est enim Cujacii sententia ad *l.* 41. *ff. h. t.* ubi, nullis induciis debitori concessis, rei pure promissæ præstationem statim urgeri posse decernit. Sane audiendum debitorem Ulpianus scribit *in l.* 21. *ff. de judic.* si pecuniam paratus sit solvere, eique ad pecuniam corradendam modicum tempus concedendum esse: id tempus definiendum Jurisconsultus monet ex induciis post condemnationem reis concedi solitis. Cum igitur pro judicato solvendo quadrimestres inducias jus dari jubeat, potiori jure eæ denegandæ non videntur iis, qui parati sint solvere, quod pure promiserint. Verum quanti temporis laxamentum debitori sit indulgendum, pro re nata melius definietur a judice. Quod si certus locus, ubi quid solutum oporteat, stipulationi fuerit appositus, tacite tempus ipsi stipulationi inest, neque solutio urgeri potest, nisi tantum temporis effluxerit, intra quod in locum condictum commode deveniri possit. Ita quidem si quis Romæ sibi Ephesi dari stipuletur, adversus reum edi non debet actio, nisi postquam tempus fuerit elapsum, intra quod Ephesum commode perveniri queat *l.* 2. §. 6. *ff. quod cert. loc.*

V. Rursus sub conditione contrahi dicitur stipulatio, cujus obligatio differtur in incertum eventum; eo igitur existente, ea committi dicitur §. 4. *h. t.* Incertus autem eventus stipulationibus apponi solitus aut a casu fortuito pendet, aut ab arbitrio contrahentium, aut ab utroque, seu partim a casu, partim a libera contrahentium voluntate. Hinc vulgata conditionum divisio in *casuales*, *potestativas*,

tivas, & *mixtas*. Cuicuimodi conditio sit, stipulationis sub conditione initæ dies nec cedit, nec venit, nisi conditio impleta jam fuerit *d.§.4.h.t.* Ante conditionem impletam spes tantum est, debitum iri *l.99. §. 1. ff. de verb. oblig.* Cum igitur, conditione pendente, nil debeatur, ante conditionis eventum non recte petitur, ac, si solutum quid fuerit, repeti indebiti condictione potest *l. 48. ff. de condict. indeb.* Inde fit, ut in conditionibus arbitrariis, quæ non faciendi necessitatem habent, stipulationis dies tandem cedat, & veniat, ubi certum fuerit, factum in stipulatione vetitum amplius fieri non posse. Si igitur ita rogem: *centum dare spondes, si intra biennium Capitolium non ascendero?* exacto tandem biennio, mihi competet actio. Tunc enim certum est, adversus conditionem committi non posse. Quapropter, si nullo circumscripta tempore alicujus rei non faciendæ conditio imposita stipulatori fuerit, stipulatore tandem mortuo, stipulatio committetur. Atque hic opportunum fuerit advertere duo inter stipulationes conditionales, & legata discrimina. Primo enim, si cui sit legatum sub conditione non faciendi, statim post testatoris obitum legatum repræsentari debet, cautione Muciana per legatarium præstita, se adversus testatoris jussum nil factum ire; si secus faciat, legatum una cum fructibus restituturum esse *l. 7. & 18. de condit. & demonstrat.* Contra, si cui quid promittatur sub conditione non faciendi, stipulator ipse petere prohibetur, eoque tandem mortuo actio heredi datur *l. 115. ff. de verb. oblig.* Discriminis ratio per se ipsa patet. Nimirum testatoris voluntati prospicitur, ubi per cautionem Mucianam promittitur, ad-

adversus ejus voluntatem nil factum iri. Id ipsum tamen in contractibus admitti non debuit. In contractibus enim sub ea conditione initis promissor id tacite agit, ne ipsi petere stipulatori liceat, sed ut, eo mortuo, ipsius heredi solvatur. Alterum legata inter, & stipulationes conditionales discrimen est, quod, si cui sub conditione legetur, legatario ante conditionis eventum obeunte, ad heredem nulla spes legati transmittitur *l.4.ff.quand.dies legat.ced.* Contra si sub conditione quid promittatur, & ante ejus eventum stipulator obeat, existente postea conditione, stipulatio committetur, ac stipulatoris heres petere non vetatur. Diversitatis ratio inde repetenda, quod in contractibus quidem id agimus, ut heredibus etiam prospectum velimus. Contra legat in testamento testator, ut adversus ipsum legatarium benevolentiæ suæ testimonium edat, neque is in legando præsumitur, eadem benevolentia heredem legatarii complecti velle. Hinc intelligitur Pauli illud *in l.ult.ff.comm.præd.nec enim sicut viventium, ita & defunctorum exitus suspendi receptum est.* Id enim & eo pertinet, futurum ex contractu quidem emolumentum in heredem transmitti posse, neutiquam vero legata, si legatario vivo eorum dies haud cesserit. Vide Huber. *in præl.ad inst. h. t.* §. 4.

VI. In diem contrahi dicitur stipulatio, cum post certum tempus quid dari, fieri promittitur §.2. *h.t.* Ut in diem igitur stipulatio videatur inita, certum ei tempus adjiciatur, oportet. Si enim incertum tempus ei fuerit appositum, & dubitetur, an aliquando sit extiturum, stipulatio non in diem, sed sub conditione contracta videbitur. Proinde si ita te rogem; *dabis mihi centum, cum Ti-*

Titius pubescet? stipulatio conditionalis erit. Incertum est enim, an Titius ad pubertatis annos sit perventurus *l. 22. ff. quand. dies legat. ced.* In diem autem stipulatione contracta, ejus dies statim quidem cedit, verum haud venit, nisi præstitutum tempus advenerit. Quapropter, si quid fuerit ita promissum, statim a stipulatione debetur, peti tamen haud potest, nisi condictum tempus fuerit elapsum *d.* §. 2. *h. t.* Cumque in hujusmodi stipulationibus ab initio utiliter constituta sit obligatio, puræ etiam a Jurisconsultis vocari solent. Falso igitur cum Donello statuere quidam, in diem obligatione contracta, ante temporis adventum actionem intelligi non oportere. Ut enim alia omittam, ante diem agenti exceptio obstare dicitur §. 10. *de except.* Atqui temporalis isthæc exceptio fingi non potest, nisi ponatur actio ab initio utiliter constituta. Aliunde, nisi id admittatur, ratio reddi nequit, cur ante diem soluta pecunia repeti indebiti condictione non possit *l.* 10. *ff. de condict. indeb.* cur in diem promissa pecunia possit novari, constitui *l.* 5. *&* 6. *ff. de novat.* cur denique ante temporis præstituti adventum pecunia offerri creditori possit *l.* 50. *ff. de oblig. & action.* Quod tamen postremo dixi, perpetuum videri non debet. Si enim constet, non debitoris, sed creditoris gratia stipulationi fuisse tempus appositum, veluti si quid in diem certo loco, qui fuerit stipulatori commodior, solvi promittatur, tempore, & loco condicto solutio fieri debet *l.2.ff.quod cert.loc.*

VII. Denique ad diem contrahi dicitur stipulatio, cum ei obligationis perimendæ causa tempus apponitur, veluti terminus, ad quem usque dari, præstari debeat. Exemplum esto: *ad Kalen-*

das Martias centum mihi dare spondes? Si igitur ita placuerit, pura ab initio censetur esse stipulatio, ac perpetua inde oritur obligatio: neque enim subtilitate juris ad tempus deberi potest, nec usquam jus civile patitur, solo lapsu temporis actionem perimi. Cum tamen ejusmodi stipulationibus tacitum pactum insit, ne post condictum tempus petere liceat, si post tempus petitum fuerit, submovebitur stipulator exceptione pacti §.3.*h.t.* Si quis igitur, *quoad vivat*, centum sibi stipuletur, statim ab inita stipulatione centum ei petere licet, cumque subtilitate juris solus temporis lapsus obligationem perimere nequeat, si vivo stipulatori solutum haud fuerit, ejus heres petere non prohibetur; ob tacitum tamen in stipulatione pactum petens heres exceptione repellitur *l.* 44. *ff. de oblig. & act.* Aliud juris est tamen, si quis in singulos annos, *quoad vivat*, haud addito, sibi quid dari stipuletur, veluti decem annua. In ea enim specie tacitum pactum haud latet, ut soli stipulatori decem solvantur annua. Proinde decem annua recte petet non solum stipulator ipse, sed heres etiam. Ita enim in contractibus jus præsumi jubet, ut non solum sibi, sed heredibus etiam cautum contrahentes velint, nisi contrarium declararint *l. 9. ff. de probat.* Diversum tantum jus est in legatis annuis: si quid enim cui legetur in annos singulos, primi quidem anni legatum purum habebitur, ac, post testatorem legatario obeunte, ad heredem spes ejus transmittitur; verum insequentium annorum legata conditionem habent, si legatarius sit superstes. Eo igitur mortuo legatum extinguitur. In singulos enim annos legando testator uni legatario, neutiquam ejus heredi gratificari

ficari velle præsumitur. Cum enim ex singulari benevolentia testatoris ejusmodi legata proficiscantur, ea in heredem, qui incertus plerumque est, extendi non debent *l. 9. & sequ. ff. pro soc.*

VIII. In stipulatum autem non res certæ tantum, sed facta etiam deduci solent. Hinc stipulationes quasdam in dando, quasdam in faciendo consistere scribit Jurisconsultus *in l. 2. ff. h. t.* Cum factum quis stipulatur, *incerta* stipulatio dicitur, quia incertum est, quanti stipulatoris intersit, quid factum esse: id ipsum igitur definietur religione judicis *l. 68. ff. eod.* Quanti autem stipulatoris intersit, quid factum esse, decernet judex perpendendo, quod stipulatori abest, quodve lucrari potuit, si factum esset, quod deductum in stipulatum fuerit *l. 13. ff. rem rat. hab.* Proinde, cum isthæc indaginis sint difficillimæ, optimum esse scribit Tribonianus, stipulationi pœnam adjicere, si factum promissum haud fiat. Ita enim, stipulatione commissa, pœna ex contractu recta petitur, ac stipulationis quantitas ab incerto non pendebit judiciorum eventu §. 7. *h. t.* Ceterum, si pœna stipulationi non fuerit apposita, & factum amplius præstari nequeat, omnes concedunt, necessitati parendum, neque ipsius facti præstationem per stipulatorem urgeri posse: liberari igitur promissorem præstando, quod interest. Illud tamen disceptatum hic video, num si factum adhuc perfici queat, promissor ad factum ipsum officio judicis adigi possit, an præstando, quod interest, liberetur. Vulgo placuisse video, invito debitori factum extorqueri non oportere, eumque, præstando, quod interest, obligatione defungi posse. Pauci, quippe boni, secus pronunciarunt, neque au-

 dien-

diendum promissorem esse, quod interest, offerentem, si factum ipsum stipulator urgeat. Horum sententiam ego prætulerim; neque enim in præsenti negotio aliquid proferri video, cur promissa fides exolvi non debeat. Nam leges quidem, quæ pro contraria sententia producuntur, nil minus suadent. Neque regeras, per rerum naturam ad factum invitum neminem cogi posse. Ut enim alias ad aliquid extorquendum invitis, præsto sunt judici pignora, in possessionem missio, & carcer etiam, iisdem quoque remediis a judice procedi poterit adversus eum, qui factum perficere nolit. Vid.Cujac. ad *l.72.ff.h.t.* & Huber. ad *inst.eod.*§.5.Ceterum cum unilateralis contractus sit stipulatio, una tantum actio inde nascitur, eaque *ex stipulatu* dicitur. Prout tamen in stipulationem deductum certum, vel incertum quid fuerit, ex stipulatu actio certa, vel incerta erit *princ. h. t.*

TITULUS XVII.

De duobus reis stipulandi, & promittendi.

Reos dixere veteres generatim omnes, quorum de re disceptaretur Cicer. *de orat.*2.43. *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive cum eo actum est*, inquit Gallus Ælius apud Festum. Nec prorsus a proprietate vocabuli descitum in jure est. Frequentius quidem in libris juris reus appellari solet, qui judicio convenitur; Jurisconsulti tamen proprietatis in verbis retinentissimi in complusculis pandectarum locis a primæva vocabuli notione non recesserunt. Sæpiuscule enim reum non tantum debendi, promittendi ajunt, sed stipu-

stipulandi etiam, credendive, ut passim cernere in pandectis est sub rubrica *de duob. reis constit.* Quomodo autem unus reus debendi, stipulandi constituatur, cum Triboniano superiori titulo disseruimus; in præsenti rubrica videbimus, quomodo duo, pluresve rei debendi, vel stipulandi, constituantur. Duo vero rei debendi, vel stipulandi *correi* vocari solent: de eis singularia quædam placuere veteribus. Proinde opportunum Triboniano visum, de duobus reis stipulandi, vel promittendi sigillatim hic edisserere.

II. Principio duo rei promittendi fieri dicuntur, cum creditori de eadem re separatim duos interroganti respondent ambo, se præstituros, quod rogati fuerint. Vicissim duo rei stipulandi constituuntur, cum duobus eamdem rem separatim rogantibus eam promissor utrique se præstiturum respondet *princ. h. t.* & passim *in ff. eod.* Porro ut jure civili duo promittendi rei constituti viderentur, plane necessarium erat, ut eodem tempore in solidum correi rogati promitterent. Si quid intervalli inter utriusque interrogationem interponeretur, quod modicum quidem haud esset, actusve interferretur obligationi contrarius, non duo censebantur promittendi correi constituti, sed diversa utriusque obligatio credebatur *l.6.§.3.ff.de duob.reis const.* Verum ob mollitum hodie juris Romani rigorem ab ea subtilitate descivimus. Neque enim quid usquam hodie impedimento est, quominus, longo intervallo interposito, duo correi ejusdem rei constituantur, modo uterque in solidum ejusdem rei nomine se obligarit, & in secunda obligatione prioris mentio facta fuerit. Ita quidem apud nos duo debendi correi constituti videntur, si

Titius hodie promittat fundum Sabinianum, eumdemque insequenti anno in solidum promittat quoque Sempronius Mant. *de tacit. & ambig. convent.* 15. 3. Ceterum jure pandectarum olim, an duo promittendi, vel stipulandi correi constituti forent, ex verbis stipulationis æstimabatur, neque oportebat, diserte dici, in solidum duos promittere, vel stipulari *princ. h. t. l.* 2. & 3. *ff. eod.* Verum Justinianus duos promittendi reos constitutos censeri noluit, nisi id expressum in stipulatione foret *novell.* 99. *c.* 1. Ceterum cum eadem pactis, & stipulationibus vis sit hodie, non solum stipulationibus, sed nudis etiam pactis duo debendi, vel stipulandi correi apud nos recte constituentur. Quocumque autem modo plures promittendi rei constituantur, nihil impedimento erit, quominus alter pure, alter sub conditione, vel in diem obligari possit. Si ita constituta sit obligatio, ab eo, qui pure sit obligatus, statim peti poterit; ab altero peti nequit, nisi conditio extiterit, aut condicta dies advenerit §. 2. *h. t.*

III. Jam vero obligationis in solidum is est effectus, ut & duo stipulandi correi solidum petere quisque possint, & plures promittendi correi in solidum quisque conveniri queant §. 1. *h. t.* & *l.* 3. *ff. eod.* Proinde si ab alterutro stipulandi reo exactum, acceptum latum, aut petitum etiam solidum fuerit, alterius actio omnino perimitur *l.* 2. *ff. eod.* Idem contingere Jurisconsultus ait, si alteruter stipulandi reus novationem cum debitore fecerit *l.* 31. §. 1. *ff. de novat.* Quod enim Paulus scribit *in l.* 27. *princ. ff. de pact.* alterutrum stipulandi reum novare non posse, novandi vocabulo videtur abusus ad simplicem pactionem indigitan-

dam,

dam, qua convenitur, ne petere liceat, ut recte videtur advertiſſe Cujacius. Ita probe convenient omnia. Neque enim paciſcendo quiſpiam alteri præjudicium creare poteſt. Nam cum, auctore Paulo *in d. l.* 27. §. 2. in pactis factum verſetur, in ſtipulationibus vero jus contineatur, per acceptilationem quidem liberatur ipſo jure debitor, ex pacto tamen naſcitur tantum exceptio. Ea autem tantum prodeſſe poterit adverſus ſtipulandi correum, qui pactum de non petendo interpoſuerit; neutiquam vero adverſus alterum, qui pacto non fuerit aſſenſus: ei enim agenti pacti exceptio opponi nequit. Illud tamen addubitari queat, an, ſi alteruter ſtipulandi correus ſolidum ſolus exegerit, acceptum alteri communicare cogatur. Primum omnium in ea re pacta ſervari debent, ſi qua inter ſtipulandi correos conventa fuerint. Quod ſi ea de re nil nominatim pacti ſint contrahentes, paſſim doctores diſtingui jubent, num ex cauſa lucrativa, an oneroſa plures ſtipulandi correi ſint conſtituti. Si ex cauſa lucrativa pluribus promiſſum fuerit in ſolidum, qui ſolidum ſolus exegerit, nihil alteri communicare compellendum ajunt, cum leges vigilantibus favere debeant. Sin ex cauſa oneroſa plures conſtituti fuerint ſtipulandi rei, qui ſolidum ſolus exegerit, alteri partem facere oportere ſcribunt aliorum ſociorum exemplo *l.* 62. *ff. ad l. Falcid.* Vid. Perez. ad *Cod. h. t. n.* 15.

IV. Opportune etiam diſceptatum hic video, an reo debendi, a quo ſolidum ſolutum fuerit, contra reliquos correos actio competat, eoſque pro rata ſingulos convenire poſſit. Sane ſi ſtrictam rationem juris inſpicias, ubi, qui ſolidum ſolus ſolverit, adverſus ceteros correos actionem a cre-

a creditore in ſolutione ſibi cedi neglexerit, ei adverſus ceteros debendi correos deneganda videtur actio, niſi ii vel ſocii fuerint, vel pecuniam in communes uſus acceperint. Cum enim nullum negotium geſtum videatur inter ipſos debendi correos, ſubtilitas juris pati non debet, ut ſolidum ſolventi adverſus alios concedatur actio. Verum eam juris ſubtilitatem inſuper habuiſſe videntur Diocletianus & Maximianus *in l. 2. C. de duob.reis ſtipul.* Sic enim ibi de correo Principes, a quo ſolidum fuerat exactum: *ſi probaveris, te conventum in ſolidum exolviſſe, Rector Provinciæ juvare te adverſus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepiſti, non cunctabitur.* Eam quidem Imperatorum ſententiam de correis ſociis accepere complufculi; Faber etiam verba iſthæc vel ab inepto interprete, vel ab ipſo Triboniano corrupta contendit *conject.* 11.6. verum fori æquitas *d.l.*2. ita quidem accepit, ut ſolidum ſolventi correo actionem adverſus ceteros generatim indulgeat, atque ita ſæpius judicatum Faber ipſe non diffitetur *in Cod. h. t. defin.* 1. Num autem in ea ſpecie utilis negotiorum geſtorum actio, an ex *d. l.* 2. condictio ei, qui ſolverit, ſit accommodanda, fruſtra hodie diſputatur.

V. Denique jure Codicis exploratum eſt, ſingulos debendi correos in ſolidum conveniri poſſe, ac fruſtra eos beneficium diviſionis opponere *l. 1. C. h. t.* Mutatum id tamen vulgo contendunt interpretes per *novell. 99.* & inde deſumptam *auth. hoc ita. C. eod.* Ea enim novella beneficium diviſionis correis conceſſum ajunt, niſi alter vel abſens, vel non ſolvendo ſit, aut illi beneficio renunciarit, aut cauſa denique inter mercatores agatur, de

quo

quo Perezius ad *C. h.t. n.* 17. Verum rectius videntur observasse quidam, prædictam Justiniani novellam perperam intellectam esse; authenticam etiam *hoc ita.* in Codice ab Irnerio loco non suo positam: prædictam vero Justiniani novellam non de correis generatim omnibus, sed de correis tantum, qui mutui fidejussores fuerint, intelligendam esse. Olim scilicet jure pandectarum, si vice mutua correi fidejussissent, quisque in solidum conveniri poterat, eique, qui conventus esset, beneficium divisionis non licebat opponere ex Papiniani sententia *in l.* 11. *ff. de duob. reis const.* Prædicta autem novella Justinianus veteri pandectarum juri derogatum voluit, cum ibi diserte definiat, divisionis beneficio vice mutua fidejussores uti oportere. Verum, utut cum plausu isthæc disputentur, in foro prævaluit Irnerii auctoritas, & res judicatæ pluribus debendi reis beneficium divisionis passim accommodant. Vid. Stryk. ad *pandect. h. t.* §. 5.

TITULUS XVIII.

De stipulationibus servorum.

Stipulatio civilis contractus est; igitur rigore juris stipulari nequeunt, qui jure Romanæ Civitatis destituuntur. Proinde, cum servi jure Civitatis non uterentur, subtilitate juris inspecta frustra stipulari videbantur. Verum, quemadmodum alias personam domini jus civile servos mutuari patitur, eorumque actus dominorum persona sustinet, ita ex dominorum quoque persona servis stipulari concessit, ut contractus facilius expedirentur in Civitate *princ. h. t.* Cum vero neque

que dominium, neque jus quodlibet ex principiis Romani juris consistere in servo posset, quicquid servi stipulatione quæsissent, dominis ipsis acquirebatur, sive sibi, sive conservis, sive dominis, sive denique impersonaliter servi stipulati forent §. 1. *eod.* Tantum in facti stipulationibus ita receptum jus fuit, ut, quod sibi fieri licere servus stipulatus esset, ejus facti exercitium tantum servus habere posset, neutiquam vero dominus, licet facti emolumentum in ipsum dominum rediturum esset. Ita quidem, si servus stipulatus dicatur, ut sibi ire, agere liceat per fundum alienum, ire, agere tantum poterit servus, non vero dominus §. 2. *eod.* Secus est tamen, si viam, aut actum sibi servus promitti curet. Cum enim in ejusmodi stipulatione jus viæ, vel actus, non factum ipsum contineatur, jus viæ, vel actus ipse dominus exercere poterit *l.* 17. *ff. de stipul. serv.* Quod si pluribus dominis communis sit servus, singulis acquirit pro rata dominii, nisi nomine, vel jussu unius sit stipulatus, vel res in stipulatum deducta ad unum tantum pertinere possit §.3.*eod.* Neque vero tantum vivente domino, verum eo quoque defuncto servorum stipulationes ratas jus haberi jubet. Cum enim ante aditionem hereditas sustineat defuncti personam, jus quodlibet ab hereditario servo quæsitum acquiretur hereditati jacenti, ac per eam, effectu juris inspecto, heredi futuro *princ. eod.* Sed hæc hodie tanti non sunt, ut nos diutius morari debeant.

TI-

TITULUS XIX.

De divisione stipulationum.

EX diverso contrahendi modo stipulationes supra cum Imperatore divisimus in puras, conditionales, & quæ in diem, aut ad diem fieri dicuntur. In præsenti rubrica Tribonianus aliam stipulationum divisionem exhibet a causis efficientibus repetitam. Nimirum licet stipulationes sine conventione intelligi nequeant, ea tamen in stipulationibus facta conventio vel a libero contrahentium arbitrio proficisci solet, vel ex præcedente jussu magistratus, aut judicis. Prout igitur in stipulationibus consensus aut a contrahentibus ultro, aut auctoritate judicis, Prætorisve interponitur, eas dividit hic Imperator in *Prætorias*, *judiciales*, *communes*, & *conventionales*. Verum, si accuratius rationes ineas, eam stipulationum divisionem bimembrem facere queas. Si enim causas efficientes in stipulationibus spectes, eas dividere generatim licet in *necessarias*, & *voluntarias*. Necessarias recte dixeris, quæ auctoritate Prætoris, aut judicis præscribuntur invitis; voluntarias appellabis, quæ ex contrahentium interponuntur arbitrio. Sed pro recepto scholarum more Imperatoris vestigia sequi lubet.

II. Principio igitur Prætoriæ stipulationes sunt, quæ ante litem contestatam jussu Prætoris a litigantibus interponuntur §. 2. *h. t.* Contra judiciales sunt, quæ, lite jam contestata, interponi jubentur auctoritate judicis §. 1. *eod.* Ut autem Prætoriarum, & judicialium stipulationum discrimen clarius innotescat, advertendum in primis, jure pandectarum

rum olim maxime interfuisse inter magistratus, seu Prætores, & judices. Cum enim tot controversiis in civitate definiendis per se ipse Prætor superesse non posset, ita a suis initiis receptum jus Romæ fuit, ut Prætor per se quidem non judicaret, sed judicium potius ipse juberet, ut constat ex Cicerone *de legib.* 3. Τα πρωτα judiciorum igitur, & quæ viam controversiæ perimendæ sternerent, veluti in jus vocatio, actionis editio, & id genus alia, expedienda erant coram ipso Prætore. Ubi visum Prætori foret, recte ad judicium provocatum esse, datis ex formula judicibus, coram quibus de controversia disceptaretur, Prætoris jurisdictio interquiescebat. Ita quidem judices cum nuda notione dati rem cognoscebant, sententiamque dicebant, quam ipsorum religio suaderet. Officium Prætoris igitur in judiciis jure ordinario se exerebat ad litis contestationem usque; lite jam contestata, judicum officium evalescebat, donec sententia dicta foret. Dicta vero sententia, judicum cessabat officium, ac, si auctoritate publica ea exequenda foret, ad ipsum Prætorem redeundum erat. Neque enim mixtum imperium pedaneis judicibus erat, quo refractarios coercere possent seu captis pignoribus, seu manu etiam militari. Ex quibus sat, puto, liquet, Prætorem de jure, judices judicasse de facto. Vide Noodt. *de jurisdict. & imper.* 1. 8. Quædam tamen causæ extraordinarii juris erant, quas per Prætorem ipsum dirimi oportebat, in quibus *extra ordinem* dicebatur judicare Prætor. Conf. Joseph. Aver. *interpr. jur.* 1. 14. Neque tamen in causis ad Prætoris cognitionem pertinentibus per se solus judicabat Prætor, sed Centumviros in consilium adhibebat, ut late demon-

monftrat idem Noodt. *loc. cit.* Cum igitur ita judicia apud Romanos comparata forent, facile intelligitur, quæ Prætoriæ, quæ judiciales ftipulationes fuerint. Hæc ipfa tamen non fuere perpetua. Ab ipfis enim Diocletiani, & Maximiani temporibus Prætores, & Magiftratus ceteri controverfias fententia fua funt juffi dirimere, modo ne graviores occupationes publicæ, vel caufarum multitudo aliud fuaderent *l. 2. C. de pedan. judic.* Si nihil eorum intercederet, tantum in negotiis humilioribus pedaneos judices a magiftratibus dari conceffum *l. 5. C. eod.* Ex quo autem placuit, ipfos magiftratus controverfias per fe definire, vocabula judicum, & magiftratuum confundi cœperunt, ut indicat ipfa rubrica Codicis *de offic. omn. jud.* Neque tamen hinc inferas, fruftra diftingui hodie ftipulationes in Prætorias, & judiciales. Hodiedum enim Prætorias ftipulationes recte dixeris, quæ ante litem conteftatam a judicibus interponi jubentur; judiciales vero, quæ eorumdem auctoritate poft litis conteftationem interponuntur.

III. Jam vero Prætoriarum ftipulationum bina exempla Tribonianus exhibet §.2.*h.t.* Primo enim ad eas pertinere fcribit cautionem damni infecti caufa præftari folitam; deinde eam, quam legatorum fervandorum caufa præftat heres. Ejufmodi autem ftipulationes Prætorias effe conftat, cum quia ante litem conteftatam interponuntur, tum quia ab ipfa Prætoris jurifdictione pendent. Hinc fi quis eo nomine cavere nolit, remediis Prætoriis coerceri poteft. Eo potiffimum pertinet miffio in poffeffionem bonorum ejus, qui alterutram cautionem præftare renuat. Nam fi quis a vicino interpellatus ob ruinofas ædes damni infecti juffu Prætoris haud

haud caveat, actor in ipsarum ædium possessionem mittitur *l. 7. ff. damn. inf.* Heres etiam, si legatis, aut fideicommisso relictis in diem, legatorum servandorum causa cautionem haud præstet, qua promittit, die, vel conditione existente, se legata solutum ire, adversario possessio bonorum ejus a Prætore decernitur *l. 11. ff. ut legat. seu fideicomm. nom. caveat.* Plura alia Prætoriarum stipulationum exempla congessit Cujacius ad *l.5.ff.de verb. oblig.* Ita sane Prætoria stipulatio est cautio, judicatum solvi, & rem ratam dominum habiturum : & eæ enim ante litis contestationem jussu Prætoris interponuntur §. 1. & 5. *de satisdat.* Sed vulgata sunt isthæc apud interpretes. Illud potius admonere præstiterit, sub Prætoris vocabulo ex veterum Latinorum usu Magistratus omnes hic indigitari. Proinde, si quæ cautiones per alios magistratus præstari jubeantur, eas etiam Prætorias recte dixeris. Sane Tribonianus ipse non diffitetur *d.§.2. h.t.* ædilitias quoque stipulationes sub Prætoriarum vocabulo intelligi oportere. Id inde factum, quia in Urbe Prætor potissimum jurisdictioni præerat, licet ædiles etiam perinde, ac ceteri magistratus, suam jurisdictionem expedirent præsertim in emptione, venditione. Hinc frequentissimæ cautiones edicto ædilium memoratæ, *servum erronem, rem vitiosam, pecus morbosum non esse*, quæ passim occurrunt *in tit. ff. de ædil. edict.*

IV. Judicialium quoque stipulationum tria exempla profert Tribonianus §. 1. *h. t.* Primo enim ad judiciales stipulationes pertinere scribit cautionem de dolo; deinde eas, quæ de persequendo servo, qui in fuga est, ac rei pretio restituendo, interponuntur. Igitur de dolo cautio auctoritate judi-

judicis ab eo præftatur , qui actione in rem convenitur: per eam is poft acceptum judicium adverfario cavet, fe finito judicio rem cum omni caufa reftituturum , neque quidpiam rei perdendæ, corrumpendæ gratia dolo malo admiffurum effe *l.* 20. *ff. de rei vind.* Per cautionem de fervo perfequendo , legatario auctoritate judicis promittit heres , fe fervum legatum , qui fugam arripuit, perfequuturum , eumque legatario reftitutum ire , fi eum invenerit *l.* 69. §. 5. *ff. de legat.* 1. De rei denique pretio reftituendo cavent , qui judicis auctoritate promittunt , fe rei petitæ pretium reftituturos, fi ipforum dolo , vel culpa ea reftituta non fuerit. Ita etiam coheredes in judicio familiæ ercifcundæ cavent de æftimatione pro cujufque parte reddenda *l.* 25. §. 10. *ff. famil. ercifc.*

V. Communes ftipulationes dixere veteres, quæ pro re nata alias juffu Prætoris ante litem conteftatam, alias auctoritate judicis poft litis conteftationem interponi folerent . Ita quidem cautio, rem pupilli falvam fore, communis exiftimari debet. Licet enim ejufmodi ftipulatio ante litis conteftationem interponi deberet, fi tamen inter litis conteftatæ moras liqueret, ejufmodi cautionem non fuiffe præftitam , a tutore eam cautionem exigere judex non vetabatur. Ex juris enim recepta regula apud Romanos invaluit, ut quæ propria magiftratus, & jurifdictionis forent, ubi de his principaliter ageretur, eadem , fi in judicium quaqua de caufa venirent , ad judicis etiam officium pertinerent *l.* 1. *C. de ord. jud.* Ad communes etiam ftipulationes pertinet cautio de rato , feu ratam rem dominum habiturum, quam is præftare compellebatur, qui actionem alieno nomine poftulabat

§. 4. *h. t.* Ea quidem cautio ante litis conteſtationem juſſu Prætoris interponebatur; eadem tamen, ſi omiſſa foret, ac lite jam conteſtata conſtaret, falſum procuratorem eſſe, qui pro procuratore ſe geſſerat, poſtulante adverſario, recte judex eum cavere cogebat, rem ratam dominum habiturum. Stipulatio quoque de dupla, qua cavebat venditor, rem vitioſam non eſſe, communis exiſtimari debet: ea enim interdum juſſu judicis, interdum auctoritate ædilis interponebatur *l.* 5. *ff. de verb. oblig.* Sed deſino hic ego plura. De his enim late doctores ad *d.* §. 4. *h. t.*

VI. Conventionales denique ſtipulationes ſunt, quæ neque juſſu Prætoris, neque judicis, ſed ſola conventione partium interponuntur. Earum nulla exempla Tribonianus affert, quia omnibus fere contractibus apponi ſolerent. Alias enim me advertiſſe memini, omnes fere contractus per ſtipulationes firmaſſe veteres. Licet enim contractus per ſe rati forent, major tamen firmitas eis accedere credebatur, ſi ſtipulationibus muniti eſſent. Hinc recte Cujacius ad *l.* 16. *ff. de verb. oblig.* ſtipulationem vocat πανδεκτην, quaſi contractum quemdam univerſalem, unde alii robur acciperent.

TITULUS XX.

De inutilibus ſtipulationibus.

ENucleavimus cum Triboniano hactenus, quomodo ſtipulationes recte concipiantur; videndum porro, quibus ex cauſis eædem vitioſæ fiant. Licet autem præſens in inſtitutionibus argumentum anguſtius videri queat, & intra ſtipulationum ambi-

ambitum hujus capitis rubrica coerceatur, latius tamen extendi debet. Ut enim, quod de utilibus stipulationibus supra narravimus, ad ceterorum quoque contractuum validitatem dijudicandam recte transfertur, ita, quod de inutilibus stipulationibus differemus, ceteris quoque contractibus accommodari potest. Hoc enim de inutilibus stipulationibus caput, veluti locus quidam communis in institutionibus interseritur, unde non stipulationum tantum, sed ceterorum quoque contractuum vis æstimanda. Quaqua de causa igitur inutilis jubetur esse stipulatio, eadem interveniente, contractus generatim omnes inutiles censeri debent. Inutilis autem esse stipulatio potest aut ipso jure, aut ope exceptionis. Si ipso jure inutilis sit stipulatio, nullam actionem producit: si inutilis sit exceptionis ope, juris rigore quidem inde oritur actio, eadem tamen per exceptionem eliditur. Quibus ex causis exceptionis ope stipulationes inutiles esse jubeantur, infra videbimus sub titulo *de exceptionib.* Hic potissimum perpendemus, quibus ex causis stipulationes inutiles sint ipso jure. Porro quæ sub præsenti rubrica de inutilibus stipulationibus prolixius differit Imperator, compendii, & memoriæ causa ad tria capita commode revocari queant. Generatim enim stipulationes inutiles censeri possunt vel respectu ipsorum contrahentium, vel rerum promissarum intuitu, vel denique ratione formæ. De omnibus sigillatim agendum.

II. Principio igitur ratione contrahentium inutilis est stipulatio, si stipulentur, promittantve muti, surdi, furiosi, infantes §. 7. *& sequ. h. t.* Quod ad prodigos, ii quamvis in jure alias parum a furiosis absint, ubi tamen de stipulationi-

bus agitur, prodigi frustra quidem promittunt, verum utiliter stipulantur *l. 6. ff. de verb. oblig.* Pupilli etiam majores infantia utiliter stipulantur, promittendo tamen, nisi auctoritas tutoris accesserit, obligare se nequeunt §. *9. h. t.* Quod si filiusfamilias sit impubes, ne patre quidem auctore obligare se potest: id ita placuit, ne jussu parentis conditio filiifamilias deterior quoquo modo fieret *l.141. §.2. ff. de verb. oblig.* Tantum si peculium adventitium sit filiofamilias, cujus de jure pater legitimus est administrator, in contractu id peculium respiciente auctoritate patris filiusfamilias obligari non prohibetur *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Quod autem diximus, pupillum majorem infantia sine tutoris auctoritate obligari non posse, generatim admitti non debet. Primo enim in ea re distinguendum inter naturalem, & civilem obligationem; deinde in ipsa obligatione civili diversæ species distingui debent. Quod ad naturalem obligationem igitur, eam in persona pupilli veteres consistere posse censuerunt, ut testatur aperte Paulus *in l. 21. ff. ad l. Falcid.* Cum tamen naturalis obligatio jus condicendi per errorem solutum adimat, eaque, si novata fuerit, civilem etiam obligationem pariat; utrumque autem in pupillis naturaliter obligatis jus non admittat; eo quidem intuitu Jurisconsulti naturaliter obligari pupillos aliquando negant. Pupillo enim condictionem indebiti instituere licet, si fortasse solverit, quod ex naturali obligatione debebat *l.41. ff. de condict. indeb.* ac, si naturalem obligationem novarit sine tutoris auctoritate, ob novationem conveniri nequit *l. 59. ff. de oblig. & action.* Stet illud igitur naturalis obligationis in ipsa persona pupilli ex jure civili nullos

effe-

effectus esse; aliorum respectu tamen obligationem naturalem in persona pupilli utilem censeri oportere. Hinc si promissioni pupilli fidejussor accesserit, ob naturalem pupilli obligationem fidejussor acceptus recte convenietur. Atque ita quidem jus obtinet in naturali obligatione pupilli. Quod ad civilem obligationem, non semel in jure civili pupillus civiliter etiam obligari dicitur. Id vero generatim obtinet, quoties ex re venit obligatio *l. 46. ff. de oblig. & act.* Ex re venire dicitur obligatio, quoties res ipsa obligationem ob æquitatem inducit. Ita quidem æquitas ipsa suadet, civiliter obligari pupillum ob impensas in rem suam a tutore, aut gestore negotiorum factas. Utiliter etiam pupillus conveniri poterit ob maleficium, si sit pubertati proximus: & obligationes enim ex maleficio ex re nasci dicuntur *princ. inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Denique, ne malo more quis ex alieno ditesceret, civiliter etiam pupillos obligari placuit, quatenus ex stipulatione, aliove contractu facti locupletiores forent *l. 14. ff. de condict. indeb.*

III. Quod ad minores, eos sine consensu curatorum civiliter etiam obligari diserte docet Modestinus *in l. 101. ff. de verb. oblig.* & Paulus *in l. 43. ff. de oblig. & act.* Civilis autem obligationis in persona minoris sine curatorum consensu subtilem quidem, sed perelegantem rationem affert Anton. Matthæi *de fundam. jur. disput. 19.* Nimirum in pupillo sine tutoris auctoritate civilis obligatio non consistit; quia ipsa persona pupilli tutori subest. Proinde jus civile pati non debuit, ut sine tutoris auctoritate pupillus civiliter obligari posset. Eadem vero ratio civili obligationi minorum sine

consensu curatorum initæ impedimento esse non poterat, cum non minorum personæ, sed res tantum ipsorum curatori subessent. Utilem vero fuisse minorum obligationem sine consensu curatorum contractam, inde etiam probari queat, quod minor sub curatore constitutus in integrum restitui dicitur *in l.2.& 3.C.si tut.vel curat.interven.* Atqui restitutio locum habere nequit, nisi civilis obligatio ponatur. Hæc, nisi fallor, aperte suadent, civiliter apud veteres obligari potuisse minores, eosque per restitutionem in integrum sibi consulere oportuisse. Sed isthæc apud nos hodie frustra quæruntur. Receptis enim in Regno Neapolitano moribus minores parum a pupillis absunt, eorumque sine consensu curatorum obligatio inutilis in foro censetur.

IV. Inutilis quoque censetur obligatio, si stipulator, & promissor pro una persona ob potestatis vinculum censeantur. Ita quidem olim, si uxor convenisset in manum, cum matrimonio ita inito in potestatem viri fœmina transire juberetur, inutiles inter virum & uxorem stipulationes erant. Ex quo tamen per conventionem in manum exolevere nuptiæ, utiles cœperunt esse stipulationes inter virum & uxorem, modo ne qua fraus legi fieret donationes inter conjuges interdicenti. Hodie igitur potestatis vinculum tantum inter dominos & servos, filiosfamilias & parentes obligationes impedit. Proinde jure quoque novissimo inutiles stipulationes erunt inter servos & dominos, filiosfamilias & parentes, quorum potestati subsunt §. 6. *h. t.* Id ipsa ratio potestatis exposcit. Si enim utiliter stipularetur a parente filius, aut parenti filius recte promitteret, sibimet se obligare videre-

deretur parens, cum ob potestatis vinculum a filio diversa persona non censeatur. Cum tamen, inspecto jure naturæ, diversa persona sit patris & filii, naturalis obligatio inter patrem & filium admitti debet. In ipsa tamen obligatione naturali effectu juris interest, num ipse parens a filio sit stipulatus, an filio parens promiserit. Si enim parens a filio stipuletur, naturalis in ea specie obligatio effectu juris civilis haud caret; nam eo nomine fidejussor acceptus conveniri a parente poterit, ut generatim obtinet in naturalibus obligationibus, queis fidejussor accesserit *l.* 56. §. 1. *ff. de fidejuss.* Contra si stipuletur a parente filius, naturalis obligatio effectu juris est prorsus inutilis, eoque nomine fidejussor acceptus conveniri nequit. Si enim in ea specie consisteret fidejussoris obligatio, ipsi parenti acquireretur: id vero absurdum est dici, quia, ut scribit Paulus *in d. l.* 56. §. 1. pro eodem, & eidem quis obligari non potest. Ceterum jure civili discrimen est inter servos, filiosque familias. Servus enim non solum domino, sed ne aliis quidem obligari potest; verum filiusfamilias patri quidem obligari nequit; at extra causam mutui aliis recte promittit §. *6. h. t.* Sed & ipse parenti filiusfamilias recte promittit non solum in bonis castrensibus, aut quasi, sed in peculio etiam adventitio, si ejus plenam proprietatem habeat *arg. novell.* 117. *c.* 1. Quatenus tamen in Regno hodie filiifamilias obligari queant, infra videbimus *libr.* 4. *tit.* 7.

V. At vero cum filiusfamilias civilem personam habeat, eamdem vero servi mutuentur a domino, filii quidem familias, aut servi, recte parenti, ac domino stipulantur; verum si aliis, quorum in

in poteſtate non ſumus, ſtipulati fuerimus, jure civili fruſtra ſtipulati videbimur §. 4. *h. t.* Hinc ſi quis ſibi, & Sejo decem dari ſtipuletur, ſtipulator quidem quinque petere poterit; in cetera quinque Sejo non datur actio *d.* §. 4. *h. t.* Ejuſmodi enim ſtipulationem ita reſolvi placuit, ut quinque ſibi, quinque tertio ſtipulatus quis videretur: atqui tertio per extraneum acquiri actio jure civili non poteſt. Res enim quemque ſuas agere voluere veteres, & per ipſos procuratores acquiri cuipiam noluerunt. Ut enim per vicariam procuratorum operam actio acquiri poſſet, ejus ceſſio facienda a procuratore erat *l.* 49. §. 2. *ff. de acqu. poſſeſſ.* Cum tamen hodie ad ſimplicitatem juris Gentium contractus redire ſint juſſi, neque naturale ullum impedimentum alteri per alterum obligationem acquiri vetet, utilis hodie cenſeri debet alteri facta ſtipulatio, ubi eam tertius ratam habuerit. In eam ſane ſententiam fori praxis proclivior videtur hodie, ac pro ea æquiſſime diſſerit Hertius ad *Pufendorf. de jur. nat. & Gent.* 3. 9. 5. Eadem quoque ſententia pragmaticos infeſtos haud habet. Vide Mœvium *p.* 4. *deciſ.* 112. *n.* 5. Brunnemann. ad *l.* 25. *ff. h.t.* & præter alios Stryk. *in jur. mod. pand. libr.* 2. *tit.* 14. §. 12. Ceterum ſi quis ita promitti caverit, ut, quod deductum in ſtipulatum fuerit, ſibi, vel tertio ſolvatur, ipſa ſubtilitate juris inſpecta, utilis ſtipulatio cenſeri debet, ac ſibi, non tertio, ſolidum ſtipulatus videbitur. Ubi enim quis ita ſtipulatur, debitori tantum relinquere videtur arbitrium, ipſine ſtipulatori, an tertio in ſtipulatione adjecto ſolvere malit. Proinde in ea ſpecie debitor liberabitur, quamvis tertio, invito ſtipulatore, ſolvat. Cum tamen ex ejuſmodi ſtipulatione nullum ter-

tio

tio jus exigendi sit, si fuerit ei solutum, tacito stipulatoris mandato ei solutum videbitur. Quapropter adversus tertium mandati actionem recte stipulator instituet, sibique restitui postulabit, quod ad eum ex sua stipulatione pervenerit §. 4. *h. t. &* *l.* 131. *ff. de verb. oblig.*

VI. Quod vero diximus, rigore juris civilis inspecto, per alienam stipulationem alteri obligationem acquiri non posse, generatim admitti non debet. Ex quarumdam enim personarum stipulatione alteri, si non directam, saltem utilem actionem acquiri placuit. Primo enim tutor, curator, actor etiam Civitatis stipulatione sua utilem actionem pupillo, minori, Civitati acquirunt *l.* 5. *ff. de pecun. const.* Praeterea, licet ut supra monuimus, per procuratorem obligatione quaesita, sine ejus cessione domino agere non liceret, utilem tamen actionem sine cessione ex stipulatione procuratoris domino competere voluere veteres, si ex re domini stipulatus is foret *l.* 68. *ff. de procur.* sive promissum esset, praesente domino *l.* 79. *ff. de verb. oblig.* aut alio modo denique domino res salva esse non posset, quae species ab Ulpiano proponitur *in l.* 13. §. 25. *ff. de action. empt.* Utilem etiam actionem ex stipulatione tertii competere jus civile jubet, si actui naturali ea fuerit adjecta. Ita quidem, si rem Sempronii penes me existentem apud alterum ea lege deponam, aut commodem, ut ea domino restituatur, utilis depositi, aut commodati actio domino non denegatur *l. penult. C. ad exhib.* Denique, ut alia omittam, per Principum constitutiones etiam lenitus in donatione fuit juris antiqui rigor. Si enim in donationis legibus placuisset, ut certo post tempore, quod donatum esset, alte-

alteri reſtitueretur, utilem actionem juxta donatoris voluntatem tertio competere voluerunt Diocletianus & Maximianus *in l. 3. C. de donat. quæ ſub. mod.*

VII. Jam vero, licet ob juris civilis ſubtilitates ex aliena ſtipulatione numquam tertius agere directe poſſit, ſpecies tamen in jure civili non deſunt, in quibus ob ejuſmodi ſtipulationes non tertio quidem, ſed ipſi ſtipulatori actio directa quæritur. Id autem generatim obtinet, quoties ipſius ſtipulatoris intereſt, alteri dari, fieri, quod deductum in ſtipulatum fuerit. Cum enim noſtra pecuniariter intereſt, alteri dari, fieri, potius nobis, quam alteri ſtipulari videmur *l.* 118. §. *ult. ff. de verb. oblig.* Hoc ipſum tribus exemplis illuſtrat Tribonianus §. 19. *h. t.* Primo enim ſi, qui pupilli tutelam adminiſtrare cœperit, adminiſtrationem contutori ceſſerit, ab eoque, rem pupilli ſalvam fore, ſit ſtipulatus, ſi male pupilli res geſſerit adminiſtrator, a contutore directe conveniri poterit. Intereſt enim contutoris, qui adminiſtrationem ceſſerit, rem pupilli ſalvam eſſe. Neque enim, qui adminiſtrationem contutori cedit, tutelæ periculo liberatur *l.* 3. *ff. de admin. tut.* Deinde, ſi quis ſtipuletur procuratori ſuo, ipſemet etiam agere directe poteſt: intereſſe enim ſtipulantis poteſt, ut pecunia procuratori ſolvatur, cum eam actione mandati repetere a procuratore queat. Denique directe etiam agere non prohibetur, qui ſtipulatur creditori ſuo: ſi enim creditori pecunia non ſolvatur, pœna adverſus ſtipulatorem committi poteſt, aut aliud incommodum in eum redire. Quod ſi quis tertio ſtipulatus ſtipulationi pœnam adjiciat, ſi contra ſtipulationem factum a promiſſore fuerit, directe ſtipulator pœnam

con-

condicere poterit, licet non probarit, sua interfuisse, stipulationem impleri. Ubi enim stipulationi pœna fuerit apposita, non inspicitur, quatenus stipulatoris intersit, tertio solutum esse, sed ipsa pœnæ promissio, quæ stipulatione commissa a stipulatore recte repetitur §. 18. *h. t.*

VIII. Ipsarum rerum in stipulatum deductarum intuitu aliquando etiam inutilis est stipulatio. Generatim enim, ut, valeat stipulatio, necesse in primis est, ut, quæ in eam deducta fuerint, dari, fieri per rerum naturam queant: nam impossibilium nullam placuit obligationem esse: neque enim serio agere censuere veteres contrahentes, qui de impossibilibus pacti forent *l.* 185. *ff. de reg. jur.* Per rerum autem naturam fieri non posse dicuntur, seu quæ propter naturæ leges numquam extiterunt, seu quæ extiterunt aliquando quidem, sed desierunt esse, quo tempore promittuntur. Proinde non solum frustra quis stipulatur Hippocentaurum, montem adamantinum, & generatim omnia, quæ constans naturæ ordo fieri non patitur, sed & servum mortuum, aut deustas ædes *l. 69. ff. de verb. oblig.* Sicubi autem ejusmodi stipulationes inutiles Jurisconsulti dicunt, id eo pertinet, ut non solum ipsius rei præstandæ, sed æstimationis quoque remissa necessitas intelligatur *l.* 103. *ff. eod.* Quapropter si qua pœna rerum impossibilium stipulationibus fuerit apposita, ea non committetur *d. l. 69. ff. eod.* Cum tamen culpa, vel debitoris mora obligationem reddant in jure perpetuam *l.* 23. *ff. eod.* si res utiliter ab initio promissa mora, vel culpa debitoris dari posse desierit, eam recte creditor sibi stipulatur *l.* 83. *ff. eod.* Utiliter etiam promittuntur, quæ per rerum naturam

ram fieri non prohibentur, ſed in promiſſoris perſona cenſentur impoſſibilia. Quamobrem pauper vim obligationis haud effugiet, ſi decies centena promiſerit, licet eam pecuniæ ſummam extricare nequeat. Quod ſi ſtipulationis tempore in rerum natura res haud exiſtat, exiſtere tamen quandoque poſſit, utilis adhuc ſtipulatio cenſeri debet. Hinc recte promittuntur futuri fructus, licet promiſſionis tempore in rerum natura non exſtent *l. 73. ff. eod.*

IX. Jam vero in præſenti argumento rerum impoſſibilium vocabulo continentur non ſolum, quæ per rerum naturam fieri non poſſunt, ſed & quæ bonis moribus, aut legibus etiam civilibus adverſantur. Proinde inutilis eſt ſtipulatio de quota litis, quippe juri civili contraria *l. 53. ff. de pact.* Ex ſtipulatione etiam conveniri promiſſor haud poteſt, ſi homicidii, alteriuſve flagitii cauſa facti, vel faciendi promiſſum ab eo quid fuerit *l. 123. ff. de verb. obl.* Generatim enim, quod ex turpi cauſa promittitur, peti non poteſt §. 23. *h. t.* Id adeo verum eſt, ut, ſi quid promittatur flagitii non admittendi cauſa, ne inde quidem actio detur. Flagitioſum enim videri debet, propter pecuniam abſtinere ſcelere *l. 1. ff. de condict. ob turp. vel injuſt. cauſ.* Opportune hic tamen addubitari queat, an ob turpem cauſam pecuniam jam ſolutam repetere liceat. In ea re veteres diſtinxiſſe comperio, num ſolius dantis, an accipientis, aut utriuſque denique turpitudo foret. Si ſolius dantis turpitudo fuiſſet, condictionem ob turpem cauſam negarunt indulgendam eſſe *l. 4. §. 3. ff. eod.* Sin in ſolum accipientem turpitudo rediret, repetenti condictionem competere cenſuerunt. Ita quidem ſi quis aliquid

ac-

accepisset, ut restitueret, quod exempli causa ex deposito reddere teneretur, condictione ob turpem causam conveniri posse pronunciarunt *l.* 2. §. 1. *ff. eod.* Quod si utriusque turpitudo fuisset, quia in pari causa melior possidentis conditio videbatur, condictionem ob turpem causam denegarunt. Ita quidem si quis in adulterio deprehensus pretio se redemerit, is frustra condictionem instituet *l.* 4. *princ. ff. eod.* quemadmodum & ob turpem causam condictio frustra instituetur ab eo, qui judicem pecunia corruperit, ut secundum se judicaret *l.* 3. *ff. eod.* Atque hic illud cum Paulo juvabit advertere, ob causam utrique contrahenti turpem solutum repeti quidem haud posse; si nondum tamen sit a promissore solutum, frustra stipulatorem agere; doli enim ei obstabit exceptio. Id ita definiri placuit, quia hic etiam in pari causa possessori favendum erat *l.* 8. *ff. eod.*

X. Præter res impossibiles frustra etiam promittuntur res exemptæ commercio, seu natura sua extra commercium illæ sint, seu personarum respectu, aut temporali ipsarum etiam rerum intuitu. Ita quidem licet sua sponte mancipia commercio non sint exempta, servus Christianus tamen Judæo frustra promittitur *l. un. C. ne Christ. mancip. hæret.* Commercio etiam per se non sunt exempta tigna, si tamen ea juncta sint ædibus, frustra promittuntur *l.* 41. *ff. de legat.* 1. Cum vero sæpissime fieri queat, ut alteruter tantum contrahentium rei commercium habeat, neutiquam vero alter, addubitatum in ea specie video, an utilis censeri debeat stipulatio. In ea controversia veteres ita distinxisse novimus, ut si stipulator ipse rei commercium non haberet, stipulatio esset inutilis, licet ejusdem commer-

mercium promissori foret; sin rei commercium stipulator haberet, stipulatio censeretur utilis, licet ejus commercium promissori non esset *l. 34. ff. de verb. oblig.* Quamvis enim rem ipse promissor possidere non posset, nil tamen impedimento erat, quominus rem ea sub lege emeret, ut protinus stipulatori præstaretur. Ceterum adeo certi juris est, rem commercio exemptam frustra promitti, ut, licet promissionis tempore in stipulatum utiliter deducta fuerit, si præstationis tempore ea exempta commercio reperiatur, inutilis exitu stipulatio fiat §. 2. *h. t.* Neque enim novum in jure est, ut utiliter ab initio gesta resolvantur, si in eum casum inciderint, a quo incipere per leges haud poterant *l. 29. ff. de reg. jur.* Id tamen intellige, si sine mora, vel culpa promissoris commercio res exempta fuerit. Si enim tale quid intercesserit, si non rem ipsam, æstimationem saltem promissor præstare compellitur *l. 23. ff. de verb. oblig.* Quid si sciens promissor promissione rei extra commercium ignoranti stipulatori illuserit? Adhuc in ea specie stipulationem inutilem censuere complusculi. Rectius tamen alii cum Joanne Fabro ad *d.* §. 2. *h. t.* ita distinguunt, ut si ex causa onerosa promissum quid tale fuerit, æstimatio stipulatori præstetur; sin ex causa lucrativa, promissor non obligetur. Id sane & æquitas ipsa suadet, & conformius juri videtur. Ita alias si ignoret emptor, rem sibi venditam sacram esse, id sciat venditor, empti actione emptor aut pretium, aut quanti sua interfuit, se deceptum non esse, consequitur *l. 4. & 70. ff. de contrah. empt.*

XI. Frustra etiam res suas quis sibi stipulatur §. 2. *h. t.* Quod enim jam nostrum est, magis nostrum

strum fieri non potest §. 14. *de action.* Inde fit, ut ne utiliter quidem rem alienam stipulemur in casum, quo nostra reperiatur §. 21. *h. t.* Recepta enim est in jure regula, in eum casum inutiliter conferri actum, quo inutiliter pure fieret ex *l.* 4. *C. de donat. ant. nupt.* Licet autem in prædicta specie ne æstimationem quidem petere liceat, eadem tamen ratio impedimento non est, quominus rei nostræ pretium nobis utiliter stipulemur *l.* 82. *ff. de verb. oblig.* Quod si rem alienam utiliter ab initio stipulati simus, eaque, antequam stipulationis causa traderetur, nostra alio titulo facta fuerit, quemadmodum de legatis supra monuimus, distinxere veteres, num ex causa lucrativa, an onerosa res in stipulatum deducta quæsita stipulatori foret, num ex causa etiam lucrativa, an onerosa stipulatori promissa per stipulationem esset. Si alterutra causa onerosa fuisset, stipulationem evanescere noluerunt: post acquisitionem igitur æstimationem stipulatori non denegarunt. Sin stipulationis, & posterioris acquisitionis causa lucrativa fuisset, re aliunde quæsita, ne ejus quidem æstimationem peti posse statuerunt ob vulgatum in jure illud, duas causas lucrativas in eamdem rem, & personam non posse concurrere *l.* 83. §. 6. *ff. de verb. oblig.*

XII. Denique jure civili frustra promittitur, alium daturum, facturum. Qui enim ita promittit, ipse quidem non obligatur, quia voluntas se obligandi defuit; tertius vero vel ideo non obligatur, quia absurdum in Civitate foret, per alium obligari quempiam. Aliunde, ut ex alterius stipulatione alteri obligationem acquiri noluere veteres, ita de se quemque promittere voluerunt *l.* 83. *ff. de verb. oblig.* & §. 3. *h. t.* Aliud juris est tamen, si quis factum

ctum, aut præstationem alterius a sua persona suspenderit, veluti si quis per alium non fieri promiserit, quominus rem habere liceat, aliumve judicio sisti, aut rem ratam dominum habiturum. Ita enim potius de facto proprio, quam alieno promittere quis videtur *l.* 38. *ff. eod.* Inde autem fit, ut si quis, se effecturum, curaturumve dixerit, ut alius quid præstet, aut faciat, is in tantum conveniri possit, quantum se effecturum, curaturum promiserit, per alterum fieri, præstari *l.*73. *ff. de legat.* 1. *&* *d.* §. 3. *h. t.* Licet autem sexcenties sit in jure proditum, ejusmodi promissorem conveniri posse, si ab altero non præstetur, aut fiat, quod deductum in stipulationem fuerit, post Bartolum tamen *conf.* 236. vulgo statuere pragmatici, eum conveniri non posse, si omnem diligentiam frustra adhibuerit, ut ab altero daretur, aut fieret in stipulatione promissum. Vid. Mant. *de tacit. & ambigu.convent.l.*14.*tit.*34.*n.*11. Ceterum moribus quidem hodiernis, ut tertio quis non inutiliter stipulatur, ita si quis simpliciter præstationem, aut factum alienum promiserit, eum utiliter obligari putant. Quod quidem & æquitati naturali convenit, & a jure Pontificio minus abest. Vid. Covarruviam ad *c. quamvis . de pact. in* 6. Verum, ut omnis in ea re controversia præcaveatur, optimum factu erit, pœnam ab eo stipulari, qui de præstatione, aut facto alieno promiserit. Si enim ita sibi caverit stipulator, si tertius non præstet, aut faciat, stipulatio committetur, &, ipsa subtilitate juris inspecta, ab ipso promissore pœna repeti recte poterit §. 20. *inst. h. t.*

XIII. Tertia inutilium stipulationum causa ab ipsarum forma repetitur. Ita autem vitiari stipulatio-

lationes poſſunt vel internæ formæ defectu, quæ conſenſum contrahentium reſpicit; vel propter formam externam, quæ ab ipſa verborum conceptione manat. Quod ad primum igitur, cum mutuo contrahentium conſenſu conſtare ſtipulationem oporteat, alterutrius autem contrahentis error conſenſum impediat, ſi ab alterutro contrahentium fuerit erratum, ſtipulatio fruſtra contracta cenſebitur. Verum enimvero non quivis error conſenſum impedit. Error admitti poteſt aut in promittendi cauſa, aut in proprio contrahentis, reive promiſſæ nomine, aut in ipſa re promiſſa, aut perſona tandem, cui promittitur. Si in promittendi cauſa fuerit erratum, veluti ſi quis falſo ſe debere putans ſtipulanti promittat, juris rigore quidem is obſtringetur, conventus tamen exceptione doli ſe recte tuebitur *l. 36. ff. de verb. oblig.* Secundi generis error, dum de perſona ſtipulatoris, aut re promiſſa conſtet, ſtipulationem haud vitiat *l. 32. ff. eod.* Denique ſi in ipſa perſona, cui promittitur, aut in re promiſſa fuerit erratum, ſtipulatio non conſiſtet. Ita quidem fruſtra Titio promittetur, ſi eum Sempronium eſſe crediderimus *l. 15. ff. de juriſd.* Fruſtra etiam quis fundum promiſſurus ſervum promittit; is enim error in re promiſſa contrahentium diſſenſum importat §. 22. *h. t.* Id tamen intellige, ſi in ipſo corpore fuerit erratum. Si enim circa materiæ diverſitatem verſetur error, veluti ſi vas mihi ſtipuler æneum, quod aureum exiſtimabam, ſtipulatio rite conſiſtet *l. 22. ff. de verb. oblig.* Neque tamen id generatim admittas. Diſerte enim Juriſconſultus ſcribit *in l. 9. §. ult. ff. de contrah. empt.* plumbo pro argento vendito, nullam venditionem eſſe. Proinde le-

gum in ea re dissensum ita conciliarim, ut, si ex onerosa causa stipulatio manet, in materia admissus error stipulationem omnino vitiet; sin stipulatio adjiciatur lucrativæ causæ, veluti donationi, ea recte consistat, quamvis erratum in materia fuerit. Ea enim in specie utilius stipulatori erit, cum nullo impendio suo æneum vas habere, quam nihil. Contra si ex onerosa causa stipulatio sit interposita, iniquum videri oporteret, contra stipulatoris mentem ei pro argento plumbum obtrudere.

XIV. Jam vero non tantum error, sed conditio etiam impossibilis consensum impedit. Proinde si centum Sejo promittas, *si is digito Cœlum attigerit*, frustra promissum videbitur §. 10. *h. t.* Ludere enim, neque serio agere præsumendi sunt contrahentes, qui sub conditione contrahunt, quam sciant impossibilem esse *l.* 31. *ff. de oblig. & act.* Verum si in conditione necessarium quid contineatur, idque per naturam secus fieri non possit, per se pura stipulatio erit, licet in verbis videatur latere conditio. Si cui igitur quid promittatur, *si is digito Cœlum non contigerit*, obligatio dici nequit conditione suspensa: non aliud igitur juris erit, quam si pura fuisset ab initio stipulatio, cum certum per naturam sit, contra conditionem fieri non posse *l.* 9. §. 1. *ff. de novat.* Eo pertinet Aristotelis illud περὶ ἑρμ. *c. penult. cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio necessaria*. Ceterum, quod diximus, stipulationes per conditionem impossibilem vitiari, secus id quidem in ultimis voluntatibus, ac testamentis est. Si quid enim sub impossibili conditione legetur, ea habebitur pro non scripta, ac legatum, heredisve institutio rite consistet. Diversitas inde re-

pe-

petenda, quod præsumi nequeat, in testamento quempiam jocari velle. Proinde ejusmodi conditionem in ultimo voluntatis arbitrio pro non scripta leges haberi jubent, tamquam si præter animi sententiam aliud agenti testatori exciderit. Vide, quæ supra præcepimus *tom.* 1. *pag.* 203. *& sequ.* Verum præpostera conditio olim non solum contractibus, sed & testamentis oberat. Præpostera autem stipulatio videbatur, in qua obligatio conferretur in præsens, a futura tamen conditione suspendi juberetur. Frustra igitur quis ita stipulabatur. *Promittis mihi hodie centum, si cras navis ex Asia venerit?* Verum per præposteras conditiones institutiones, aut contractus Justinianus vitiari vetuit. Tantum conditionis eventum expectari jussit, ut deferri tandem hereditas, aut contractus implementum urgeri posset *l.*25.*C.de testam.* Quid si in rei promittendi arbitrium conditio collata fuerit? Ejusmodi stipulationem prorsus inutilem esse scribit Ulpianus *in l.* 14. *ff. de verb.oblig.* Hinc recte scribit Paulus frustra stipulari quempiam, *si voluerit debitor l.*46.§. 3.*ff.eod.* Secus tamen decernit ibidem Jurisconsultus, si quis promittat, *cum voluerit*. Si enim is ante mortem declaret, se dare velle, ipse, ejusve heres, recte convenietur. Alias, per mortem voluntate perempta, ne heres quidem conveniri poterit. Id ipsum tamen intellige, si ex titulo lucrativo stipulatio manet. Si enim contractui oneroso ejusmodi promissio fuerit apposita, post mortem promissoris deneganda non erit actio, licet in vita promissor dandi voluntatem non declararit. Vid. Sand. 3. 9. 1.

XV. Externa verborum forma inutilis stipulatio est, si interrogationi congruenter responsum

N 2 haud

haud fuerit §. 5. *h. t.* Responsionis autem congruentia non ex verborum captionibus, sed ex sententia, & rebus ipsis est æstimanda. Proinde si quis denariorum decies stipulanti ejusdem quantitatis aureos promisisse dicatur, apte ad interrogationem respondisse videbitur *l.* 65. §. 1. *ff. de verb. oblig.* Neque tamen existimes, quamcumque in respondendo diversitatem vitiosas stipulationes efficere. Accurate enim distingui oportet, num circa quantitatem, an rem ipsam in stipulatum deductam, aut circa stipulationis formam versetur in respondendo diversitas. Si diversitas in quantitate fuerit, non in totum stipulatio vitiatur, sed quatenus plus, aut minus in responsione, aut interrogatione est. Ita quidem, si viginti stipulanti decem te daturum respondeas, stipulatio tantum in decem censetur utilis §. 5. *h. t.* Verum in ea re veteres diversa sententia videntur usi, & totum in ea specie debitum vacillare Cajus existimavit *2. inst. tit. 9.* §. 10. contra Ulpiani locum *in l.* 1. §. 4. *ff. de verb. oblig.* Vide Heineccium ad Vinnium ad *d.* §. 5. *h. t.* Si diversitas in re fuerit, veluti si roganti Stichum Pamphilus promittatur, ob contrahentium in re promissa dissensum stipulatio est prorsus inutilis. Quod si plures res conjunctim stipulanti una tantummodo promittatur, quatenus promissum fuerit, stipulatio censetur utilis §. 17. *h. t.* Denique si in ipsa stipulationis forma sit diversitas, veluti si pure roganti sub conditione respondeas, aut vice versa, stipulatio omnino vitiatur *d.* §. 5. *h. t.* Verum ejusmodi subtilitate hodie tuto carere licet. Inter stipulationes enim, & pacta sublato discrimine, si cui pure roganti sub conditione respondeatur, stipulatio utilis censeri debet, si stipulator conditio-

nem

nem amplecti velit. Illud pene exciderat, interrogationem, & responsionem in stipulationibus olim inter præsentes fieri oportuisse. Frustra igitur per epistolam, aut nuncium quis promittebat §.11.*h.t.* Sed & isthæc hodie frustra quæruntur propter exæquatas stipulationes, & pacta. Illud semper constitit, si fuerit in instrumento scriptum, rite promisisse aliquem, pro instrumenti veritate præsumptionem fieri oportere §.16. *h. t.* Cum tamen juris tantum sit ea præsumptio, ad contrariam probationem reus admitti non prohibetur *l.* 7. §. 12. *ff. de pact.*

XVI. Jure pandectarum apud Romanos olim post mortem stipulatoris, aut promissoris frustra promittebatur. Ita enim receptum jus Romæ fuerat, ut actiones, quæ a defuncto, vel contra defunctum non incepissent, ab herede, vel contra heredem non possent incipere. Vide doctores ad §.12.*h.t.* Ea autem juris regula inde manabat, quod ob defuncti repræsentationem ad actionem admittebatur heres; absurdum vero videbatur ab herede actionem institui, in qua, utpote incipiente post defuncti mortem, defunctus repræsentari non posset. Eadem quoque de causa frustra ita promissum censuere veteres: *pridie, quam moriar*, aut *pridie, quam morieris, dare spondes?* Ob incertos enim extremæ necessitatis exitus, dies, quæ præcederet stipulatoris, aut promissoris obitum, definiri non posse videbatur, nisi jam mortuus stipulator, aut promissor esset. Et ita igitur obligatio, quæ non incepisset a defuncto, vel contra defunctum, ab herede, vel contra heredem inceptura erat. Eam vero regulam non solum in contractibus, sed in legatis etiam admitti placuit. Proinde post mortem

N 3 here-

heredis, vel legatarii frustra legari credebatur §.35. *de legat.* Verum has veteris juris subtilitates abrogatum ivit Justinianus *l.* 11. *C. de contrah.stipul.* Siquidem ibi cautum, ut post mortem stipulatoris, aut promissoris utiliter promitti posset; utiliter etiam legatum videretur post legatarii mortem, aut heredis. Inde factum, ut mox idem Augustus regulam antiqui juris inverterit. Contraria enim constituta regula, generatim licere voluit, actiones ab heredibus, & contra heredes incipere *l. un. C. ut action.& ab hered.& contr. hered. incip.* At vero stipulatio, *cum moriar*, aut *cum morieris*, *dare spondes?* non solum jure novissimo, sed ex veteris quoque juris subtilitate recte consistit. Cum enim viventes moriantur homines, momentum mortis vitæ tribuendum censuere veteres. Proinde, ubi quis ita rogasset, ab ipso stipulatore, vel promissore, non vero ab heredibus actio credebatur incipere. Potiori jure idem admittendum erat de stipulatione, qua post mortem tertii sibi aliquis promitti curaret §. 15. *h. t.* Cum enim mors tertii certo extitura esset, ejusmodi stipulatio rata censebatur aliarum exemplo, quæ in certum tempus collatæ forent §. 2. *de verb. oblig.*

TITULUS XXI.

De fidejussoribus.

SAt prolixe de stipulationibus Tribonianus hactenus: neque tamen hic finis; nam, quæ eo pertinent, supersunt adhuc. Cum enim per stipulationes constituerentur fidejussores olim, rubricam hanc de fidejussoribus mantissæ loco superio-

ribus

ribus adjicit. Licet autem hodiernis moribus ob exæquatas stipulationes, & pacta nudis etiam pactionibus fidejussores utiliter accipiantur, ac proinde ex recepto jure pactorum de fidejussoribus decerni queat, juvabit tamen sigillatim enucleare frequentissimi usus argumentum ob singularia quædam in fidejussione recepta. Generatim vero fidejussores obligationi accedunt alienæ. Eos accipere creditores solent, ut cautius sibi consulant. Si enim adversus principales obligatos frustra fuerint experti, contra fidejussores præsto eis est actio. Proinde si quis locupletes fidejussores acceperit, in amittendæ pecuniæ periculum venire vix potest. Fidejussorum autem institutum ipsis pignoribus commodius, atque utilius censuere veteres. Primo enim pignora sollicitam custodiam videbantur habere. Deinde, cum ob incertam quantitatem sæpiusculе fidejubendum esset, pignoribus constitutis, non semper satis cautum creditori fuisset.

II. Jam vero eorum, qui obligationi accedunt alienæ, triplex in jure genus. Alii enim *mandatores*, alii *pecuniæ constitutæ rei*, alii denique *fidejussores* dicuntur. Mandator est, cujus mandato creditor pecuniam certæ personæ credit §. *6. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus pecuniam a se, vel ab alio debitam nudo pacto se soluturum promittit §. *9. de action.* Fidejussor denique sua fide per stipulationem pecuniam alteri credi jubet *princ. h. t.* Quamvis autem hi omnes eodem censeantur in plerisque jure, ideoque conjungantur *in l. ult. C. de constit. pecun.* est tamen, in quo differunt. Ut enim prætcream, pecuniæ constitutæ reos ob debitum seu proprium, seu alienum obligari posse, quod ad mandatorem, is quidem suo nomine

obligatur; proinde, reo solvente, is tantum per exceptionem liberari dicitur *l.* 28. *ff. mandat.* Verum fidejussor tenetur nomine tantum alieno. Proinde si a reo principali pecunia soluta jam fuerit, is liberabitur ipso jure *princ.inst.quib.mod.toll. oblig.* Sed vulgata sunt isthæc in jure civili. Potius hic adverti velim, a fidejussore expromissorem diversum esse. Fit enim expromissione novatio: per expromissorem igitur vetus debitor penitus liberatur, & in ipsum solum obligatio redit *l. ult. ff.de Senatusc.Maced.*

III. Principalem autem obligationem præcedere potest fidejussor, aut sequi §. 3. *h. t.* Quoquo autem tempore fidejussores accipiantur, in omnibus fere obligationibus assumi possunt, seu re, seu verbis, seu literis, seu consensu etiam contractæ fuerint §. 1. *h.t.* Proinde obligationibus etiam ex delicto fidejussores possunt accedere *l.* 8. §. 5. *ff. de fidejuss.* Id tamen intellige, si pecuniarie ob delictum agatur. Si enim in criminali judicio mors, aut alia quævis in corpus pœna spectetur, eo quidem nomine & civilis, & naturalis ratio fidejussores accipi vetat. Primo enim publice interest, ipsos maleficos pœna defungi: deinde vitæ a Deo cuique velut deposito creditæ nemo est arbiter, neque ob alienum facinus insontes homines pœnæ mancipare se debent. Ad carceris quidem custodiam præcavendam reus dimitti solet, datis fidejussoribus, qui eum judicio sisti caveant *l. 6.* §. 3. *& l.* 12. *C. de appellat.* si tamen reus judicio se non sistat, non corpore, sed pecunia multari fidejussores oportet. Si dolo quidem fidejussoris factum dicatur, quominus judicio reus se stiterit, in corpus etiam fidejussor coerceri potest; id ipsum

ipsum tamen non ex fidejussione, sed ex dolo potius fidejussoris est. Ita enim suum potius facinus, quam alienum luit. Hinc commentariensis receptorum reorum, si ipsius dolo custodiam reus effugerit, eadem pœna consumi jubetur, cui obnoxius ipse maleficus fuisse docebitur *l. 4. C. de custod. reor.*

IV. At vero licet in obligationibus omnibus utiliter fidejussores assumi definiat Imperator *d.* §. 1. *h. t.* obligationes tamen in jure Romano non desunt, quibus frustra fidejussores accedunt. Sane diserte cautum *in l.* 1. *&* 2. *C. ne fidejuss. vel mandat. dot. dent.* ne dotis acceptæ nomine fidejussores mulieri vir dare possit. Indignum enim facinus videri poterat, de dote mulierem viro non credere, cui ipsa se credidisset. Ita igitur propter dotem dati fidejussores perfidiæ, ac suspicionum causas inter conjuges facile creare poterant. Eo accedit Molinæi illud *de usur. n.* 254. quod, si fidejussores in dotibus admittantur, ob matrimoniorum frequentiam eo brevi reditura res foret, ut cives omnes mutuis fidejussionibus illaquearentur. Quod tamen diximus, dotis causa fidejussores a muliere accipi prohiberi, doctores sine discrimine admitti vetant. Primo enim ea de causa valere fidejussionem ajunt, si ea ab uxore petita non sit, & ultro præstita a viro fuerit. Deinde ante sponsalia fidejussionem ab ipsa muliere dotis nomine peti posse decernunt. Lex enim a marito dotis causa fidejussores exigi vetat, neutiquam vero ab eo, qui maritus sit aliquando futurus. Vid. Stryk. *in jur. modern. pandect. h. t.* §. 10. Ita quidem apud Romanos olim. Verum in Regno hodie eo jure utimur, ut non solum a sponsis, sed a viris etiam recte fidejussores ob dotem accipiantur.

V. Por-

V. Porro non tantum mixtis, sed obligationibus etiam mere naturalibus potest fidejussor accedere *d.* §. 1. *h. t.* Hinc utiliter dominus fidejussores accipit ob naturale debitum, quo ei servus astringitur *l.* 70. §. 4. *ff. de oblig. & action.* Nusquam tamen in jure proditum, ob obligationem mere civilem utiliter fidejussores accipi. Si enim ea de causa fidejussores fuerint accepti, eadem exceptione perpetua fidejussores tueri se poterunt, quæ reis principalibus a Prætore conceditur. Verum addubitatum hic video, an ob pupilli, furiosi, prodigi obligationem utiliter fidejussor constituatur. Cum evicerim alias, ipsos pupillos naturaliter obligari posse, & ob naturales obligationes fidejussores recte accipi definiat Imperator *d.* §. 1. *h. t.* exploratum videtur exemplo pupilli, ob furiosi etiam, aut prodigi obligationem recte fidejussores accipi. Aliunde diserte scribit Ulpianus *in l.* 25. *ff. de fidejuss.* ei, qui pro pupillo, furioso, prodigo fidejusserit, subveniri non oportere. Neque sibi contrarius est Ulpianus *in l.* 6. *ff. de verb. oblig.* ubi negat, fidejussorem pro furioso, aut prodigo intervenire posse. Id enim eo pertinet, prodigum, aut furiosum mandati actione per fidejussores frustra conveniri, si quid ab ipsis solutum pro prodigo, aut furioso fuerit. Vid. Brunnem. ad *d. l.* 25. *ff. de fidejuss.*

VI. At vero cum fidejussio accessio sit principalis obligationis, ea neque ultra summam a reo principali debitam concepta valet, neque principali obligatione gravior esse potest tempore, loco, causa §. 5. *h. t.* Alias monstri instar esset, plus in accessione, quam in re principali esse. Id ipsum tamen impedimento non est, quominus fidejussor reo principali arctius, aut efficacius obstringi possit.

sit. Cum enim firmandæ obligationis causa fidejussio sit instituta, præ reo principali efficacius, promptiusve fidejussores obligari leges haud vetant. Ita quidem per instrumentum *quarantigiatum*, aut hypothecæ vinculum fidejussor obligari potest, licet neutra obligatio principali fuerit imposita. Vid. Gomez. 2. *resol.* 13. *n.* 2. Quod autem diximus, ultra summam a reo principali debitam fidejussorem obligari non posse, lites acerrimas inter doctores excivit. Veteres enim interpretes plerique omnes cum Bartolo ad *l.* 8. *ff. h. t.* statuerunt, fidejussores in majorem summam acceptos ne in eam quidem obligari, quam reus principalis revera debeat. Contra neoterici communibus fere suffragiis docuerunt, usque ad summam saltem a reo principali debitam eo casu fidejussores obstringi. Vir summus Jacobus Cujacius in ea re sibi non constitit. Is enim Bartoli vestigia sequitur ad *libr.* 11. *respons. Papin. ad l. 9. ff. de usur.* Idem tamen ad *l.* 33. *ff. mandat.* neotericorum in castra transvolat. Ibi enim aperte docet, in majorem summam fidejussorem acceptum in minorem saltem, & a principali debitam obligari. Verum haud absurde fortasse statuas, neotericorum sententiam non tantum hodiernæ simplicitati conformiorem videri, verum a juris etiam civilis subtilitate minus abesse. Si enim fidejussio ceterarum stipulationum jure censeri debet, quemadmodum, ut supra vidimus, si stipulanti quinque decem promittantur, in quinque saltem utilis est obligatio; ita si in majorem summam fidejussor accipiatur, in summam saltem revera debitam videtur obstringi. Quod autem in præsenti controversia Ulpianus *in d. l.* 8. §. 7. *omnino non obligari* fidejussorem scribit, id non eo pertinet,

net, quasi nulla prorsus in præsenti specie fidejussoris sit obligatio, sed eo potius, non ad totam quidem summam in fidejussionem deductam, sed ad concurrentem usque debiti quantitatem, qui fidejusserit, obligari. Vid. Merill. *variant.ex Cujac. c.*1.

VII. Opportune dubitatum hic video, an fidejussor non solum sortis causa, sed usurarum quoque nomine conveniri possit. Sane si in omnem causam fidejussor fuerit acceptus, aperte respondet Paulus *in l.*54. *princ. ff. locat.* onus etiam usurarum fidejussorem agnoscere oportere. Proinde cautius prospiciet sibi creditor, si fidejussorem in omnem causam sibi dari curet. Ceterum, si prædicta cautio fuerit omissa, adhuc in usuras teneri fidejussorem statuere complusculi, quia in omnem causam generatim fidejussisse censendus est fidejussor. Id inde arguunt, quod oratio infinita in jure ab universali non distet: qui igitur ob debitum fidejussor intervenit, in omnem debiti causam fidejussorem accipi. Ita Fulgosius ad *l. centum Capuæ. ff. de eo, quod cert. loc.* Verum aperte dissentientem Paulum is habet *in l. 68.* §. 1. *ff. h. t.* ubi Jurisconsultus in usuras fidejussores teneri negat. Inspecto igitur jure civili, nisi in eam quoque causam sit fidejussum, ob usuras fidejussori molestia creari non debet. Id autem apud veteres admitti suasit discrimen ipsum contractuum bonæ fidei, & stricti juris. Cum enim fidejussio, ut stipulationes reliquæ, stricti juris contractus esset, nisi in usuras etiam quis diserte fidejussisset, eo nomine conveniri non posse videbatur. Nam in contractibus stricti juris eatenus quis tenebatur, quatenus verbis nuncupatum esset. Vide, quæ supra disserui *tom.* 3. *tit.*14. *pag.* 119. Verum cum moribus hodiernis vix quid-

quidquam intersit, quod ad usurarum effectum, inter contractus bonæ fidei, & stricti juris, a fidejussoribus usuras etiam peti posse crediderim, seu ob pactum, seu ob debitoris moram sint eæ solvendæ. Verum enimvero, si volente creditore dies solutionis sit prorogata, id fidejussori nocere non debet, neque is recte convenietur ob ejus temporis usuras, quod creditor ipse post fidejussionem ultro debitori concesserit. Eo pertinet decantatum pragmaticorum illud, *prorogationem a creditore factam nocere quidem fidejussori ad perpetuandam obligationem, non vero ad eam augendam*. Vid. Carpzovium *p.* 2. *c.* 19. *def.* 2.

VIII. Jam vero cum fidejussio contractus sit, & actiones ex contractu manantes in heredem, & heredi competant, exploratum in jure est, a creditore non tantum fidejussorem ipsum, sed heredes etiam conveniri posse §. 2. *h. t.* & *l.* 24. *C. eod.* Heres igitur tandem conveniri nequit, si diserte in fidejussione placuerit, ne liceat in heredem agere. Tacite tamen videtur aliquando conventum, ne fidejussoris heres obligatus intelligatur. Finge enim, plures pro debito fidejussores ea lege accipi, ut, si quid humanitus cuiquam eorum contingat, in defuncti locum substituatur alius, ea quidem in specie tacite pactum intelligetur, ne detur in heredem actio, ut recte præter alios advertit Carpzovius *p.* 2. *c.* 20. *def.* 5. Id ipsum tamen admitti nolim, si interpellatus fidejussor moram admiserit. Ubi enim factum id fuerit, per moram perpetuatur actio. Igitur fidejussore mortuo, æquitas ipsa suadet, in ejus heredem actionem non denegari. Alias elusoria foret creditori cautio: fidejussor enim moras usque nectendo ad mortem usque facile

cile tergiversari posset. Vide Stryk. *in jur.modern. pand. libr. 46. tit.* 1. §. 12. Ceterum vetustissimo Romanorum jure is fidejussionis erat effectus, ut perinde, ac principalis, fidejussor recte conveniretur. Integrum igitur creditori erat, utrumvis convenire, neque ullum fidejussori effugium, si, non excusso principali reo, adversus eum creditor agere mallet. Quod si plures fidejussores essent, quia singuli pro toto debito suam videbantur interposuisse fidem, in solidum singuli conveniri poterant §. 4. *h. t.* Ita fiebat igitur, ut rarissimus quisque animum ad fidejubendum appelleret, & aliunde vulgatum apud veteres erat sermone proverbium ab ipso oraculo Delphico sacratum, κἐλευε, παρα δ'ατη. (*sponde, præsto est damnum*). Cum tamen fidejussorum usus necessarius esset in Civitate, ne a fidejubendo ob incommoda isthæc deterrerentur homines, beneficia quædam fidejussoribus indulgeri placuit, de quibus accurate videndum.

IX. Primum, & potissimum beneficium, licet inventione ultimum, pro fidejussoribus introductum est exceptio *ordinis*, seu *excussionis*. Id fidejussoribus beneficium concessum ab Justiniano fuit *novell.* 4. *c.* 1. Exceptione autem ordinis per fidejussorem opposita, is ante reum principalem conventus solvere non compellitur, antequam principalis fuerit excussus. Ubi excussus principalis non solvendo fuerit, quatenus is solvendo non sit, fidejussor solvere compelletur. Verum, si adversus principalem institui excussio nequeat, seu quia absit, seu quia manifesto non solvendo sit, exceptionem ordinis frustra fidejussor opponet *d. novell.* 4. *c.* 1. Haud absimile beneficium competere voluit Imperator tertio possessori rei hypothecæ suppositæ.

tæ. Abduci enim ab eo rem ejusmodi vetuit, nisi primum debitor principalis, deinde fidejussores etiam forent excussi *d. novell.* 4. *c.* 2. Quatenus tamen eo beneficio tertius possessor apud nos uti possit hodie, infra liquebit, ubi de judicio agemus, quod *assistentiæ* in Regno dicitur. Ceterum cum unicuique liceat juri pro se introducto renunciare, beneficio ordinis fidejussor renunciare non prohibetur, idque si factum fuerit, frustra ordinis opponetur exceptio. Huic autem beneficio non tantum speciatim, sed generatim etiam videtur utiliter renunciari posse. Hinc recte statuit Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *disput.* 28. *th.* 5. præsenti exceptioni renunciatum videri, si beneficiis omnibus sibi competentibus generatim renunciatum a fidejussore fuerit. Ne quid tamen dissimulare videar, licet sententia isthæc sit juri conformior, cautius tamen creditor sibi prospiciet, si huic exceptioni fidejussorem speciatim renunciare jubeat, ut recte monet Carpzovius *p.* 2. *c.* 19. *def.* 2. At vero si in instrumento fidejussor obligari dicatur, ut principalis ipse, ei ordinis exceptio denegari non debet. Ea enim clausula aut ex notariorum cerebro manasse præsumitur, aut si exitu inutilis, & supervacanea haberi nolit, ea fidejussor declarasse censetur promptiorem animum solvendi pro reo, si is frustra conveniatur. Quam sane sententiam juri conformiorem existimat ipse Gail. 2. *observat.* 28. Quisque enim in contrahendo juris beneficio præsumendus est uti velle, modo ne contrarium doceatur.

X. Alterum beneficium fidejussoribus competens *divisionis* dicitur, quod quidem mandatoribus etiam, & pecuniæ constitutæ reis in jure conceditur

tur *l. ult. C. de const. pecun.* Id autem beneficium fidejussoribus indulgeri jussit Hadrianus ipse §. 4. *h. t.* & *l.* 26. *C. eod.* Licet igitur, pluribus pro eodem debito fidejussoribus acceptis, ipsorum quilibet in solidum pro lubitu conveniri a creditore possit, beneficio tamen divisionis opposito, unus conventus in solidum non ultra ratam solvere compelli potest, si litis contestatæ tempore adsint, & solvendo sint ceteri. Litis inquam contestatæ tempore. Si enim ante litis contestationem fidejussorum aliquis bonis exciderit, ejus infortunium ceteros onerabit, quatenus saltem is solvendo non fuerit *d.* §. 4. *h. t.* At vero si, lite jam contestata, inter confidejussores quispiam bonis exciderit, ratam ejus a reliquis creditor frustra petet. Ut enim infra liquebit, cum litis contestatio sit quasi contractus inter actorem, & reum initus, eaque novatio quædam fieri videatur, suamet voluntate creditor novum debitorem accepisse fingitur, qui, si solvendo desierit esse, id ceteros onerare non debet. Divisionis autem beneficium pura puta exceptio est. Eo igitur confidejussores juvari nequeunt, nisi fuerit oppositum. Sane si divisio fidejussoribus ipso jure competeret, primo in solidum ab initio eorum nullus conveniri posset; deinde, si quis negligentior solidum sponte solveret, ei quidem condictio indebiti soluti competeret. Utrumque secus est tamen *d.* §. 4. *h. t.* & *l.* 26. *ff. eod.*

XI. Jam vero plures species sunt in jure proditæ, in quibus divisionis beneficium opponi nequit. Primo enim frustra illud opponitur, si ante litem contestatam confidejussores solvendo esse desierint §. 4. *h. t.* Deinde idem beneficium denegatur ei,

ei, qui cum muliere fidejussit ; ut enim mox liquebit, fidejussionis nomine mulieres conveniri nequeunt *l.* 48. *princ. ff. h. t.* Tertio ob pupillorum favorem præsens beneficium non indulgetur ei, qui rem pupilli salvam fore promiserit *l. ult. ff. rem pupill. salv. for.* Quarto ob nequitiæ male cedentis exemplum uti divisionis exceptione nequeunt, qui dolo malo negarint, se fidejussores esse *l.*1.§.1. *ff. h.t.* Denique, ne singula persequar, idem beneficium denegatur iis, qui ei renunciarint, iisve, qui se obligarint in solidum. Quod tamen præsenti beneficio uti non posse diximus, qui in solidum se obligarint, controversia haud caret. Sane id Strykius diserte negat *in us. mod. pand. h. t.* post Struvium *in syntagm. jurispr. exerc.*47. *th.* 44. Rectius tamen id affirmarunt alii. Neque enim alias intelligetur, quo pertinere possit clausula in fidejussionis instrumentis apponi solita, qua plures fidejussores in solidum obligare se dicunt. In Regno Neapolitano saltem eo jure utimur, ut in solidum obligati divisionis beneficium frustra opponant, & in solidum conveniri possint, ut principales ipsi de Franch. *decis.* 400. *n.* 2. Ceterum in enarratis etiam speciebus, si adversus singulos fidejussores actum a creditore fuerit, cum actionem ultro diviserit, in solidum adversus unum is agere prohibetur *l. 16. C. h. t.* Verum a singulis petendo partem sibi creditor non præjudicat, quominus ceteros convenire possit, quatenus ab aliquo consequutus haud fuerit *l.* 23. *ff. eod.*

X. Tertium beneficium confidejussoribus competens *cedendarum actionum* dicitur. Eo autem beneficio fidejussor a creditore conventus, si prædictis exceptionibus uti nolit, aut nequeat, ab eo pe-

petit, ut sibi actiones adversus reliquos fidejussores cedat. Scilicet, cum inter fidejussores ipsos nullum geratur in fidejussione negotium, si solidum fuerit a fidejussore solutum, adversus confidejussores nullam actionem is habet *l. 39. ff. h. t.* Proinde beneficium cedendarum actionum potissimum fuit inventum, ut jure cesso fidejussor adversus confidejussores recte ageret. Cessis enim a creditore actionibus, fidejussor adversus confidejussores experietur, ut quisque ratam sibi solvat totius quantitatis, quæ ab ipso in solidum soluta fuerit *l. 17. ff. eod.* Licet autem adversus principalem obligatum mandati actionem fidejussor habeat, neque adversus eum beneficio cedendarum actionum egeat §. *6. h. t.* principalis tamen obligati respectu cessio isthæc utilis etiam esse potest. Finge enim, ob debiti securitatem res debitoris aliquas fuisse hypothecæ suppositas, vel propter privilegium aliquod respectu creditoris actionem utiliorem esse, ea quidem in specie hypothecæ vinculum, aliudve privilegium fidejussori proderit, si adversus ipsum principalem experiatur. Vid. Brunnem. *de cess. act. c. 3. n. 19. & sequ.* Ceterum præsenti beneficio renunciari per fidejussores haud solet; actionibus enim a creditore cessis, vix ei periculum ullum imminet. Si tamen id metuatur, ad cedendas actiones creditor compelli non debet Sand. *libr. 3. tit. 10. def. 5.*

XI. Jam vero, subtilitate Romani juris inspecta, ante solutionem ipsam cedi fidejussori actiones oportet. Cum enim per solutionem statim perimatur actio *princ. inst. quib. mod. toll. oblig.* frustra post solutionem actiones ipso jure peremptas fidejussor sibi cedi curabit, nisi solutionis faciendæ tempore vel pactum, vel protestatio saltem de ce-

den-

dendis actionibus intercesserit *l. 76. ff. h. t.* Contrarium quidem videtur innuere Paulus *in l. 36. ff. eod.* verum perperam pro actionum cessione post solutionem is locus affertur. Neque enim ibi docet Jurisconsultus, generatim post solutionem a fidejussore factam cedi actiones posse; sed ubi tandem in solutione nomen debitoris venditum fidejussori fuerit. Si enim ponas, debitoris nomen fidejussori vendi, recte post ipsam solutionem fidejussor empti actione adversus creditorem experietur, ut adversus confidejussores actiones emptæ cedantur. Frustra tamen hinc inferas, actiones post solutionem alias cedi posse. Sed isthæc apud nos hodie frustra quæruntur. Cum enim in Regno hodie ad simplicitatem juris Gentium omnia fere redire sint jussa, adversus confidejussores post solutionem actiones utiliter cedi solent. Quin ex recepta hodie in judiciis æquitate, si in solutione fidejussor actiones sibi cedi neglexerit, adversus confidejussores actionem negotiorum gestorum utilem is instituere non prohibetur. Vid. Brunnem. *de cess. act. d. c. 3. n.* 10. & Mævium *p. 6. decis.* 387. At vero juris explorati est, a fidejussore debitorem, ut solvat, conveniri non posse, nisi debitum fuerit a fidejussore solutum *l.* 10. *C. mandat.* Remedia tamen sunt in jure prodita, quibus a fidejussionis nexu se fidejussores liberare queant. Si enim debitor diutius a solutione cesset, aut bona sua prodigentia sua disperdat, potest fidejussor adversus debitorem agere, ut ipsum solvendo liberet *l.* 38. §. 1. *ff. mandat.* Quid si fidejussor non solvendo fiat, potestne creditor debitorem adigere, ut per alium locupletem sibi caveatur? Jure civili inspecto inopiæ in fidejussore subsequutæ periculum pertinet

ad creditorem, neque in ea specie debitor compelli potest, ut alium locupletem fidejussorem creditori paret. Verum vulgo post Bartolum *in l. Prætoriæ. ff. de stipul. serv.* statuere pragmatici, fidejussionis Prætoriæ ita ingenium comparatum esse, ut ad alium fidejussorem constituendum debitor compelli possit, si facultatibus prior exciderit Afflict. *decis.* 172. *n.* 2. & latius de Franch. *decis.* 400. *n.* 5.

XII. De fidejussione mulierum ne verbum quidem Tribonianus hic. Cum tamen ejusmodi argumentum magni sit usus in jure seu civili, seu patrio, quod ejus rei videbitur, hic enarrare juvabit. Principio satis constat, apud veteres Romanos olim vix unquam mulieres ad fidejussiones admissas. Seu enim per nuptias convenissent in manum, seu sub parentum potestate forent, seu agnatorum, gentiliumve tutelæ subessent, ad fidejussiones admitti non poterant, cum arbitrii potestate carerent. Eo accedebat, quod in publico fidejussiones vulgo interponi solerent: atqui ipsa verecundia sexus in foro versari mulieres non patiebatur. Verum enimvero ubi per conventionem in manum nuptiæ rariores factæ, ac tutelæ perpetuæ in fœminas remissus est rigor, ut in ceteris liberius mulieres cœptarunt agere, ita & virile fidejussionis negotium contra vetustatis reverentiam frequentius usurparunt. Ob sexus autem muliebris infirmitatem sæpissime factum oportuit, ut maritorum blandimentis in tempore delinitæ quædam inconsultis pro viris fidejussionibus dotem amitterent, ubi viri solvendo desiissent esse. Ut enim mulierum ingenium præsentes donationes facile aversatur, ita periculum fidejussoribus imminens negligentia muliebri plerumque contemnit. Malo igi-

igitur obviam iri placuit; cumque fidejussiones mulierum frequentius a maritis ipsis extorqueri soleant, id potissimum periculum a lubrico mulierum sexu curarunt ab initio avertere Augustus, & Claudius. Ita per eorum edicta cautum, ne fœminæ pro viris suis intercederent *l. 2. princ. ff. ad Senatusc. Vellejan.* Cum tamen fidejussionis periculum non tantum per viros, sed per extraneos etiam creari mulieribus compertum esset, sub eodem fortasse Claudio, Marco Silano, ac Vellejo Tutore consulibus, generatim Senatus cavendum censuit, *ne ob mulierum fidejussiones, aut mutui dationes pro aliis, adversus mulieres eo nomine petitio, aut actio foret d. l. 2. §. 1. ff. ad Senatusc. Vellejan.*

XIII. Porro fidejubere mulier intelligitur, non tantum si fide sua jubeat alicui credi pecuniam, eamve alteri credi mandet, verum etiam, si ob alienum debitum res suas pignori, aut hypothecæ supponat, vel pecuniam ab altero debitam constituat se soluturam *d. l. 2. ff. h. t. & l. 12. C. eod.* Mutui etiam dationes a Senatu vetitæ, quibus mulieres intercederent: & iis enim mulierum infirmitati fraus fieri facile poterat *d. l. 2. §. 1. ff. ad Senatusc. Vellejan.* Licet igitur principali nomine mulierum obligationes haud vetitæ, si tamen mutui datio pro aliis mulieri fiat, ea quoque in specie in fœminas efficax actio denegatur. Finge igitur, egenti cuipiam pecuniam ea lege credi, ut ab initio ipsi mulieri numeretur, mox vero per eamdem vero debitori solvatur, mulier ob pecuniam ita creditam conveniri nequit, licet principali nomine se obligarit. Cum vero, sexcenties sit in jure proditum, mulieres, quæ fidejusserint, per exce-

ptionem defendi oportere *l. 6. & 7. ff. eod.* sat inde constat, ejusmodi obligationes juris civilis quidem subtilitate consistere. Proinde ad solutionem adigi eæ poterunt, nisi Senatusconsulto Vellejano se tueantur. Licet vero per fidejussionem suam naturaliter mulier obligetur, naturalis hæc tamen in persona mulieris obligatio nullum effectum in jure civili parit. Hinc si quid ex intercessione solutum a muliere fuerit, soluti condictio ei non denegatur *l. 40. C. de condict. indeb.* Ceterum jure Justinianeo novissimo mulieris fidejussio ne juris quidem subtilitate consistit primo, si ea se obligarit sine instrumento publico, & a tribus saltem testibus non subsignato *l. 23. C. h. t.* deinde si pro viro mulier fidem suam accommodarit *auth. si qua mulier. C. eod.* Longe autem interest, utrum nulla ab initio mulieris sit obligatio, an eam elidi per exceptionem oporteat. Si enim ea nulla sit ab initio, mulierem judex absolvet, licet Senatusconsulti exceptio non opponatur *d. l. 23. C. eod.* Verum si mulieris obligatio juris civilis subtilitate consistat, ac per exceptionem sit elidenda, nisi conventa mulier exceptionem opponat, eam judex recte condemnat, quia tacite Senatusconsulto, quod jure civili licet, renunciasse censetur. Vid. Huber. ad *pand. ad Senatusc. Vell. num. 7.*

XIV. Jam vero quamvis saltem effectu juris inutilis mulieris sit intercessio, ne tamen beneficium mulierum infirmitati concessum immerito noceret alteri, efficacem actionem creditori accommodari placuit adversus principalem obligatum, pro quo mulier fidem suam interposuisset *l. 1. & 24. ff. h. t.* Quod si per novationem actio in fœminam translata diceretur, pristinam actionem adver-

versus veterem debitorem restitui jussit edicto Prætor *l.* 8. *& sequ. ff. eod.* Cum vero indigna sit legum beneficio fraus, exceptione Senatusconsulti se mulier tueri non potest, quæ dolose fidejubet, se non teneri, sciens *l.* 30. *ff. eod.* Eamdem fortunam experiuntur, quæ pretium intercessionis referunt *l.* 23. *C. eod.* quæque perfectæ ætatis tempore fidejussionis cum essent, fidejussionem post biennium iterarunt *l.* 22. *C. eod.* Senatusconsultum denique cessare placuit, si mulier pro dote fidejuberet *l.ult. C. eod.* Licet vero alias exceptio isthæc realis sit, & heredibus etiam mulieris accommodetur, si tamen fœmina, quæ fidejussit, mandarit heredibus, ut creditori solvant, exceptionem frustra heredes opponent: ea enim in specie summam, pro qua intercesserit mulier, donare voluisse præsumitur. Vid. Sand. *l.* 3. *tit.* 11. *def. ult.* Sed desino hic ego plura; quibus enim in casibus Senatusconsulti beneficium jure civili cesset, late doctores edisserunt ad *ff. & C. h. t.*

XV. Porro cum beneficio pro se introducto unicuique renunciare liceat, si sciens mulier Senatusconsulto Vellejano renunciasset olim, per exceptionem se tueri non poterat, seu pro extraneo, seu pro viro etiam intercessisset *l.* 21. *C. ad Senatusc. Vellejan.* Verum longa inde adversus mulieres injuriarum seges. Eas enim viri minis, aut subdolis blandimentis adorti facile extorquebant, ut pro ipsis fidem suam accommodarent. Ad scrupulum vero creditoribus eximendum Senatusconsulto Vellejano mulieres renunciare curabant. Consultissime igitur Justinianus pro extraneis quidem mulieres fidejubentes exceptioni Vellejani utiliter renunciare concessit; verum ex fidejussione eas-

dem teneri noluit, si pro viris intercessissent, licet Senatusconsulto renunciassent, nisi aperte constaret, in mulieris utilitatem pecuniam expensam esse *novell.* 134. *c.* 8. unde *auth. si qua mulier. C. ad Senatusc. Vellejan.* Ita providentia Justiniani factum, ut per inconsultas intercessiones vix ullum periculum saltem a viris mulieribus immineret. Quod tamen indolescendum, novella isthæc iratis pragmaticis conscripta fuit. Ii enim, valescente in Europa jure Romano, viam excogitarunt, qua lex fœminis saluberrima facile posset eludi. Cum enim, præeunte Innocentio III. *in c. cum contingat. X. de jurejur.* vulgo placuisset, per jurisjurandi religionem negotia confirmari posse jure civili vetita, si ea sua sponte nihil complecterentur juri naturæ contrarium, passim statuere pragmatici, mulierum pro viris ipsis intercessiones ratas haberi oportere, si juramento munitæ forent. Ita res mulierum accisæ, & ab eis passim fidejussiones extortæ vi, dolo, fraude: eas autem ne quando mulieres oppugnatum irent, creditores per juramenti religionem Senatusconsulto Vellejano a fœminis renunciari curabant. In Regno igitur obviam malo itum sub Carolo V. Sub ejus enim auspiciis Petrus de Toledo Neapoli sacra vice agens mulierum infirmitati consuluit ann. 1543. generali sanctione edita in Urbe, & Provinciis æque valitura *pragm.un.de Senatusc.Vellejan.* Ea autem cautum, ne per quascumque intercessiones quid damni in dotibus, ceterisque bonis fœminæ paterentur. Ibi enim generatim placuit, ne qua in judiciis ratio haberetur obligationum seu pro viris, seu pro extraneis etiam per fœminas interpositarum, seu illæ res dotales, seu paraphernales et-

iam

iam hypothecæ subjicerent. Ejusmodi autem obligationes ipso jure nullas censeri Prorex voluit, & ab ipso ingressu judicii creditores arceri jussit, quamvis Velleii beneficio per juramentum mulieres renunciassent. Quin, ne quando eo nomine mulieribus molestia crearetur, notarios, & magistros actorum ejusmodi obligationes scribere vetuit. Si secus quis faceret, exercitio muneris, & centum auri unciis eum multari jussit. Ita ob fidejussiones apud nos mulieribus parta securitas non solum a viris, sed a ceteris etiam quibuscumque. Vid. Rovit. ad *d. pragm. n.* 7.

XVI. Jam vero licet mulieres vetitæ per pragmaticam haud fuerint, principali nomine se obligare, eaque de re controversiæ jure civili sint transigendæ, recte tamen monent interpretes, id quidem intelligendum esse, si mulier per se sola contraxerit. Si enim in solidum mulier cum viro se obligarit, ac mutui causa seipsam asserat accepisse pecuniam, ipsius confessio mulieri non nocet, nisi apertissime constet, in mulieris tantum utilitatem pecuniam versam esse. Vid. Ann. *singul.* 290. & Rovit. ad *d. pragm. de Senatusc. Vellejan.* Quæ enim virorum sunt blandimenta, vel minæ, sine injuria præsumitur, ad ipsos viros pervenisse pecuniam. Verum justis ex caussis mulieres res ipsas dotales alienare non prohibentur. Quin per consuetudines Neapolitanas sub titulo *de contract. int. vir. & ux.* cum consensu viri ipsa prædia dotalia mulier alienare non prohibetur, si filii primi matrimonii non contradicant *consuet.* 1. *d. tit.* Quod si justæ fuerint alienationis causæ, ipsis etiam prioris matrimonii liberis contradicentibus, alienatio mulieri permittitur *consuet.* 2. *eod.* Justas alienationis causas Na-

po-

podanus ad *d. consuet. n.* 8. esse censet, *ut mulier vivat, ut sana vivat, ut libera vivat, ut nupta vivat*, aut denique ut dotalis domus reficiatur. Causas autem justas esse, decreto judicis declarandum monet idem *loc.cit.n.9.* Verum si liquido constet, ex justa causa rem dotalem alienatam esse, æquitas ipsa suadet, venditionem ratam haberi oportere. Ceterum prædictæ consuetudini, qua res dotales cum consensu viri mulier alienare permittitur, recentiores mores derogarunt. Hodie enim seu in Urbe, seu in Provinciis res dotales mulier sine Regia dispensatione frustra alienat. Petitam vero dispensationem Princeps ea lege concedere solet, *ut mulier non remaneat indotata.* In dispensatione autem a Principe impetranda omnia sine fuco sunt exponenda, ut Princeps, perspectis omnibus, numine Principali statuat, an, & quatenus concedi dispensationem oporteat: alias obreptionis, aut subreptionis vitio dispensatio corruet. In supplici libello igitur dotis exprimenda quantitas, numerus etiam liberorum, & si quæ alia dispensatio fuerit obtenta. Quod si quid vitii dispensationi insit, ipsa inferiora tribunalia ejus rei cognitionem habent, ut recte monet Marad. ad *d. pragm.*

TITULUS XXII.

De literarum obligationibus.

Tertia contractuum species literis perficitur; & substantiam suam ex scriptura desumit. Proinde ut contractus verbales præter consensum solemnia verba desiderant, ita contractus literales, ut rite consistant, præter consensum literas quo-

que

que requirunt. Chirographa quidem, aut syngraphæ omnibus fere contractibus accedebant olim, ea tamen adhibebantur alias, non ut inde negotia substantiam suam acciperent, sed tantum ut inde rei gestæ probatio peti posset *l. 4. ff. de fid. instrum.* Verum de contractibus hic sermo est, quibus non probandis, sed perficiendis literæ adhibentur. Præsenti autem institutionum loco nusquam litigiosior alius, neque alibi interpretum plura diffidia. Eis occasionem dedit duplex obligatio literarum memorata §. *un. h. t.* alia quidem obscurior ex jure veteri, alia ex jure novo, & Justiniani temporibus usurpata. Quidam veterem illam literarum obligationem non intelligentes eam e Triboniani cerebro prodiisse narrant eo argumento præsertim, quod in complusculis pandectarum locis, ubi diversæ contractuum species recensentur, literarum obligatio non memoratur. Rectius tamen pronunciarunt alii, eam dicam perperam Triboniano scribi. Sane post Gundlingii, & Antonii Schultingii curas eo ventum videtur hodie, ut nemo doctus fidem Triboniano deneget; ut proinde vetus literarum obligatio in dubium revocari nequeat. Ne quid igitur rectæ juris intelligentiæ desit, primum de veteri, deinde de nova literarum obligatione videbimus.

II. De veteri literarum obligatione ita Tribonianus §. *un. h. t. Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina hodie non sunt in usu.* Theophilus Justiniani æqualis, & inter triumviros institutionibus concinnandis ascitus, literarum hanc veterem obligationem ita interpretatur, ut ea veteris debiti novatio fieri videretur, scriptura, & solemnibus acceptilationis ver-

verbis adhibitis. Verba ejus lubet apponere ex *paraphr. h. t. Literarum obligatio est vetus debitum per verba, & scripta solemnia transformatum in novum creditum. Nam si quis centum mihi aureos debebat ex emptione, vel locatione, vel mutuo, vel stipulatione, egoque hunc vellem literis obligatum mihi reddere, necesse erat, solemnia verba dicere, & scribere ad eum, quem literis obligare mihi volebam. Erant autem hæc verba, quæ dicebantur, & scribebantur. Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, tu ex conventione, & confessione literarum tuarum dabis? Deinde adscribebantur, ut ab eo, qui jam ex locatione obligatus esset, hæc verba. Ex conventione debeo literarum mearum. Et prior obligatio extinguebatur, nova autem, idest literarum, nascebatur*. Hanc vero novationem per literas fieri solitam confirmat Cajus ipse *instit.*2.19. 12. Sic enim ibi Jurisconsultus. *Literis obligatio fit, aut a re in personam, aut a persona in personam. A re in personam, veluti si id, quod ex emptione, aut conductione, aut societate debes, alii reddas. A persona in personam, veluti si id, quod mihi alter debet, alteri personæ delegem, ut reddere debeat*. Recte quidem advertit Schultingius, aliquid per Anianum in eo loco turbatum; constat tamen Jurisconsulti sententia, si, ubi legitur *a re in personam*, reponas *a re in rem*. Neque enim in ejusmodi novatione quidpiam circa personam debitoris occœptatur, sed tantum pro altera re, seu debendi causa, ex consensu partium altera substituitur. Si hinc discedas, totum literale negotium accuratius præ ipso Theophilo enucleatur a Cajo. Ex eo enim facile constat, duplicem literarum obli-

obligationem usurpasse veteres, quarum altera causa debendi, altera per delegationem tantum debitor mutaretur. Hanc vero novationem apud veteres nominibus factam Tribonianus hic scribit, quia in privatis ipsorum codicibus nomina debitoris, & creditoris scribebantur, ut præsto esset inde probatio, quatenus alteri expensum, aut acceptum esset. Falluntur enim, qui in solius creditoris codicibus debiti summam conscriptam existimant. Ita enim qui tandem ex solius creditoris libris probatio peti potuisset? Contra, debiti summa in codicibus utriusque scripta, iis collatis, facile fides in judiciis fieri poterat, quantum a creditore solutum, quantum a debitore foret acceptum, si congruerent utriusque tabulæ. Non mirum igitur, si in judiciis olim alter ab altero harum tabularum editionem petere posset. Iis enim exhibitis, controversia inter debitorem, & creditorem facile perimi posse videbatur. Vide tota de re Gundlingii dissertationem latine redditam ab Ottone Reitz. *in excurs.* 17. *paraphr. Theoph. additis pag.* 1212. *edit. Hag. Com.*

III. Quod ad novam literarum obligationem, ejus initia ab ipsis moribus repetenda videntur. Postquam enim privati cujusque codices, ac privatarum rationum tabulæ veteri fide fieri desierunt, neque amplius coram censoribus jurabant cives, se privatas tabulas sine dolo confecturos, quod sanctioribus rei Romanæ temporibus factitatum narrat Dionysius Halicarn. *libr.* 4. *p.* 221. *edit. Oxon.* cautius sibi consulere creditores instituerunt, ne lites sequi cogerentur. Ut enim omnis vitilitigandi occasio debitori præcideretur, pecuniam credituri homines in antecessum sibi caveri curabant per ipsum debitoris chirographum, in quo debitor fatere-

teretur, certam pecuniam sibi creditam. Ita enim, si credita pecunia in dubium revocaretur, suamet confessione debitor irretiebatur. His igitur initiis, ut alias in jure confessi pro judicatis habentur, proprio etiam confessi chirographo omnino solvere sunt adacti, licet revera pecunia numerata non esset. Nova autem isthæc obligatio literarum definiri haud incommode potest *contractus nominatus, quo quis chirographo suo confessus ex mutuo se debere, conveniri a præsumpto creditore potest, licet revera pecuniam non acceperit* §. *un. h. t.* Primo igitur, ut ejusmodi contractus initus videatur, oportet, ut scriptura debitor fateatur, se mutuum accepisse. Si enim scriptura non intercesserit, tamquam propria deficiente substantia, huic contractui locus esse non potest. Deinde ipsa debitoris confessio non de quovis debito, sed de mutuo esse debet, licet in præsenti argumento pecuniæ quidem vocabulo res omnes fungibiles contineantur, seu generatim omnia, quibus in creditum ire creditores solent *l.* 14. *C. de non numer. pecun.*

IV. Jam vero sub hujus fortasse contractus initia, ubi de debitoris confessione chirographo facta constaret, nullum debitori erat effugium, eique nulla exceptio prodita fuisse videtur, qua actionem eluderet, cum propria confessione argueretur. Cum tamen compertum esset, omnia ad creditorum lubitum solere debitores agere, eosque sub spe pecuniæ propediem accipiendæ creditori chirographum præmature tradere, chirographi vero traditionem non semper numerationem pecuniæ sequi, serio cautum oportuit, ne ob festinatam chirographi traditionem detrimentum debitores ca-

pe-

perent. Proinde ipsis intra certum tempus tria remedia accommodari placuit. Eorum primum est *condictio causa data, causa non sequuta*, qua chirographum a debitore repetitur, quo tradito, pecunia numerata non fuerit *l. 7. C. de non numer. pecun.* Datur enim a debitore chirographum pecuniæ accipiendæ causa: non sequuta igitur numeratione pecuniæ, chirographum recte repetitur. Alterum remedium est *protestatio non numeratæ pecuniæ*, seu denunciatio creditori facta, qua ei denunciatur, numeratam non esse pecuniam, quam se accepisse, chirographo confessus sit debitor. Si intra justum tempus eo remedio debitor sibi consuluerit, perpetuam exceptionem sibi parabit *l. 9. C. eod.* Utroque hoc remedio ipse debitor ultro adversus creditorem agit. Tertium remedium dicitur *exceptio non numeratæ pecuniæ*, quam debitor adversus creditorem opponit intra certum tempus agentem. Et ceteræ quidem exceptiones in ipsum reum onus probandi transferunt; præsens tamen exceptio in actorem onus probandi transfert. Eam igitur si reus opponat, ab actore probandum erit, revera pecuniam numeratam esse; si ab eo numeratio probata non fuerit, reus absolvitur. Neque mirum, singulari quidem exemplo, exceptione opposita pecuniæ non numeratæ, in actorem transire probandi onus. De pecunia enim non numerata reus excipiens negando is se tuetur: atqui facti negatio per rerum naturam probari non potest, ut recte Imperatores advertunt *in l. 10. C. eod.* Hinc facile constat, ipsum etiam creditorem probare oportere, a se pecuniam numeratam esse, si intra legitimum tempus repetatur a debitore chirographum condictione causa data, causa non sequuta,

quuta, aut ab eo denuntietur creditori, numeratam sibi non esse pecuniam.

V. At vero prædicta remedia proponendi, aut opponendi facultas ad quinquennium extendebatur olim. Cum tamen raro contingat, per ipsum quinquennium tacere quempiam, chirographo tradito sine numeratione pecuniæ, remedia isthæc intra biennium coerceri jussit Justinianus *l.* 14.§.3. *C. eod.* Biennio igitur exacto, qui chirographum mutui accepti causa creditori tradiderit, omnino solvere compelletur, neque debitor audiri debet, si ipse probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse *d.l.* 14.*C.eod.* Quin licet pupillus ipse sit debitor ob chirographum a patre traditum, si vivus pater intra biennium chirographi sui confessionem non retractarit, is adhuc solvere compelletur *l.* 8.*C.eod.* Quamvis vero juramentum alias in re controversa deferri possit actori, isque si jurare recuset, reus sit absolvendus, quia tamen exacto biennio præsumptio juris, & de jure est, revera pecuniam numeratam esse, ne juramentum quidem deferre reus creditori potest *d.l.* 14. §. 3. *C. eod.* Atque hæc quidem jure novissimo sunt ab Justiniano cauta. Verum nescio quo æquitatis obtentu vulgo hodie in foro receptum, audiendum debitorem esse, si post biennium ipse probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse, ut ad hunc titulum passim monent interpretes. Ceterum non minus moribus hodiernis, quam jure novissimo quibusdam in speciebus intra ipsum biennium exceptio non numeratæ pecuniæ opponi nequit: Primo enim id admitti placuit, si post intervallum, vel in separato instrumento denuo confessus sit debitor, revera pecuniam sibi numeratam esse

l.pe-

l. penult. C. de pact. Deinde si vel expresse, vel tacite, veluti usuras solvendo, chirographi veritatem agnoverit *l. 4. C. de non numer. pecun.* Tertio si conveniatur heres ex confessione defuncti, quæ testamento fuerit inserta *l. 13. C. eod.* Denique si ex chirographo agat argentarius *novell. 126. c. 5.*

AD TITULUM XXII.

Excursus singularis.

De scripturis paratam in Regno exequutionem habentibus.

CAPUT I.

De literis collybisticis, apocbis bancbalibus, & obligationibus penes acta.

Actio ex contractu literarum olim, ut vidimus, exceptione non numeratæ pecuniæ eludi facile poterat. Licet autem post biennium ea efficaciter posset institui, solitis tamen judiciorum ambagibus expedienda erat. Offerendus enim ab actore libellus, impetranda actio, dandi judices erant, qui rem recepto ritu cognoscerent, sententiamque dicerent. Nam cum ea scriptura privata fide constaret, intutum fuisset, eam statim Prætorem exequi. Falso tamen post Bartolum, & veteres Glossatores docuere pragmatici, ex regulis Romani juris nullas scripturas paratam exequutionem habere: quam quidem sententiam operose præter alios tuetur Rovitus sub rubrica *pragmat. de instrum. liquid. n. 1. & 2.* Id ego qui-

dem admiserim sub Republica libera, ubi ignota instrumenta publica: verum ubi sub Imperatoribus tabelliones sunt instituti, qui fide publica instrumenta conficerent (eorum frequens in Codice mentio *l. 2. de Eunuch. l. 1. ut nem. ad suum patrim. l.* 17. *C. de fid. instrum.*) per eos saltem instrumenta conscripta paratam exequutionem habuisse crediderim. Nisi enim id admittatur, haud ego video, cui bono tabelliones instituti. Quod enim fortasse quis regerat, eos adhibitos, ut negotiorum præsto probationes essent, id per privatas scripturas etiam obtineri facile potuisset. Verum quocumque in ea re jure veteres usi fuerint, apud nos certe quasdam ob scripturas seu privatas, seu publicas exequutio parata competit. Parata isthæc exequutio facit, ut, producta scriptura, judex statim ex ea debitum solvi mandet, neglecta solemnitate judicii. Si mandato judicis reus haud pareat, statim custodiæ mancipatur. Juvabit igitur sigillatim hic edisserere, quæ scripturæ municipali hujus Regni jure paratam exequutionem habeant: primo autem sermonem instituemus de literis collybisticis, quas vulgo *cambiales* appellant.

II. Principio per literas collybisticas pecunia alibi quidem accepta alibi in genere solvi promittitur. Igitur per ejusmodi literas pecuniæ fit permutatio. Generatim enim pecuniæ permutatio duplici fere modo expeditur. Nam primo ita pecunia permutari solet, ut in continenti pro altera nummorum specie altera accipiatur. Deinde ea lege pecunia permutatur etiam, ut alibi accepta accipientis periculo alio transvectetur, atque ibi in genere solvatur. Primam illam pecuniæ permutationem *cambium reale*, hanc alteram *locale* doctores appellant, quia per

eam

eam de loco in locum pecunia asportanda suscipitur. Et cambium reale quidem frequentissimi apud veteres fuisse usus, argentariorum, & nummulariorum institutum satis evincit. Eorum enim officium non solum in rationibus conficiendis, credendo, constituendo, sed in permutanda quoque pecunia versabatur. Rem accurate persequitur Cujacius *observat.* 10. 14. ubi & *collybon* vocari scribit mercedem illam, quæ ob ipsam pecuniæ permutationem nummulario solvitur. Cambium locale quoque, quod *trajectitium* latine dixeris, saltem Ciceronis ævo apud veteres non fuit ignotum. Sane cum Ciceronis filius studiorum causa Athenas profecturus esset, quærit ab Attico Cicero, num pecuniam, qua opus filio Athenis esset, secum is asportare deberet, an ejus permutandæ esset occasio, &, quæ pecunia Romæ solveretur, Athenis gnatus posset accipere *ad Att. libr.* 12. *epist.* 24. idque inter primos observasse videtur Huberus *in prælect. ad pand. libr.* 17. *tit.* 1. §. 12. Verum enimvero licet locale cambium Romani veteres non ignorarint, id ipsum tamen apud eos fuit sat infrequens: pleraque etiam, quæ in hoc negotio recepta sunt hodie, ipsis fuerunt ignota. Proinde rem acu tangere videntur illi, qui in sæculo decimo tertio, aut decimo quarto inveniendam statuunt cambii localis originem, si leges spectentur, quæ in eo hodie apud populos Europæos obtinent. Sane vetustissimum literarum collybisticarum exemplum videtur illud, quod extat apud Baldum sæculi decimi quarti scriptorem *consil.* 348. *vol.* 1. Cum vero in ea negotiatione recepta vocabula Longobardicæ sint originis, veluti *trassa*, *valuta*, *indossamento*, *&c.* haud absurde fortasse statueris,

ejus contractus ipsos Longobardos auctores esse. Vide Heinecc. *in exercit. de vit. negotiation. collyb. c.* 1. §. 5.

III. Unde unde locale cambium sit repetendum, id inter quatuor personas plerumque geritur. Primo enim in eo est, qui in loco contractus pecuniam ea lege numerat, ut ea alibi restituatur in genere, qui proinde *numerans* appellatur. Cumque pecunia ita numerata ad alium alibi agentem remitti soleat, ea vulgo *remissa* dicitur. Deinde in eumdem contractum ingreditur, qui pecuniam sibi numeratam per tesseram collybisticam alibi solutum iri recipit: is vero, cum periculo suo pecuniam alio transvectandam curet, *trassans*, seu *trahens* appellatur, quemadmodum & respectu ejus ipsa pecunia *trassa*, vel *tratta* dicitur. Tertio in eodem contractu intervenit, qui, exhibita alibi tessera collybistica, pecuniam in loco restitutionis petit, qui *præsentans* ideo vocatur. In eodem contractu est denique, qui ex mandato trassantis, literis exhibitis, pecuniam præsentanti solvit, isque, cum pecuniam jam soluturus eas acceptet, *acceptans* vulgo vocatur. Neque tamen raro contingit, ut plures, aut pauciores hunc contractum personæ perficiant. Finge enim, alteri literas a præsentante cedi, eumque, cui cessæ fuerint, rursus eas cedere alteri, quinta, aut sexta persona etiam in hunc contractum ingredietur. Cum vero recepto inter mercatores more cessio isthæc in dorso literarum scribi soleat, ac per cessionem literæ collybisticæ per plures personas discurrant, inde vocabula *indossamenti*, & *giri*, in ea re frequentissima. Ceterum non raro fit, ut pauciores quoque personæ in hunc contractum ingrediantur. Pone enim, me Romam propediem profectu-

fecturum pecuniam ei numerare Neapoli, qui Romæ institorem habeat, ab eo autem trassantis nomine Romam mihi profecto pecuniam mihi solvi; ea quidem in specie a duabus tantum personis præsens contractus expedietur. Hinc in Regno receptum etiam, ut debitorem efficacius obligaturi creditores per literas cambiales sibi de pecunia debita caveri curent: eæ autem, si nullo vitio dicantur affectæ, exemplo aliarum cambialium paratam exequutionem habent, licet ex eis pecunia debita in eodem loco, ubi recepta dicitur, renumerari soleat, neque alio sit asportanda. Id tamen intellige, modo ne ob temporis intercapedinem usuras sibi stipulatus sit creditor, & cambium non sit *siccum*, ut ajunt. Ea enim in specie ob fœnebre vitium cambiales exequutionem obtinere nequeunt. Vid. additiones Joann. Laganar. ad Rovit. *sub rubr. pragm. de lit. camb.*

IV. Acerrime autem disceptavere doctores, ad quodnam contractus genus negotium collybisticum sit referendum. Qui ad regulas juris civilis exigunt omnia, & recens etiam inventa, & incomperta Romanis veteribus vocabulis insignire amant, contractum hunc alii mutuum, alii mandatum, alii stipulationem censent. Non defuerunt etiam, qui eumdem aut pactum nudum, aut contractum innominatum existimarent. Rectius tamen statuerunt alii, hunc contractum neque mutuum, neque mandatum, neque stipulationem censendum esse, nedum pactum nudum, aut contractum innominatum. Neque enim si quid iis simile literæ collybisticæ habeant, eorum aliquod existimari debent. Vid. Schilter. *exercit.* 32. & Boehmer. *introduct. ad jus pandect. libr.* 19. *tit.* 14. §. 7. Si quis tamen omnino velit præsens negotium ve-

teri donare vocabulo, haud absurde statuet, ad contractum literarum illud proxime accedere, non illum quidem jure Romano proditum, & superiori titulo enucleatum, sed qui præter juris civilis regulas moribus invaluerit. Proinde locale cambium definiri haud incommode potest *contractus literalis, quo, qui literas cambiales dedit, certam pecuniæ summam a remittente acceptam præsentanti alio loco, & per alium solvere obligatur.*

V. Jam vero quod in definitione diximus, literas cambiales scribentem per alium alio loco solvere obligari, id eo pertinet, eum non liberari, nisi per acceptantem solutio revera sequuta fuerit. Nimirum in hoc contractu literas collybisticas scribens vices principalis debitoris agit; acceptans vero locum fidejussoris obtinet. Ut igitur alias, si fidejussor haud solverit, adversus principalem non denegatur creditori regressus, ita si, literis acceptatis, pecuniam non solvat acceptans, ipse, qui literas scripsit, recte convenietur. Recte igitur receptum in Regno est, ut, si, literis acceptatis, acceptans aufugerit, aliove quo modo non solvendo fiat, scribens adhuc conveniri possit, ut recte advertit de Marinis *resolut. libr.* 1. *c.* 80. *n.* 2. & 3. ejusque in Regno consuetudinis testis est etiam Rovitus. *ad pragm.* 1. *de lit.camb. n.* 1. & 2. Proinde falluntur, qui per acceptationem novationem fieri scribunt, qua, liberato scribente, in principalem ipsam obligationem succedat acceptans. Ceterum ut scribenti finis aliquis periculi sit, facile mihi persuaserim, scribentem conveniri non posse, si negligentior in literis præsentandis quis fuerit, & exactionem eo usque produxerit, donec non solvendo is fiat, qui literas acceptarit. In

eam

eam vero sententiam commode videtur afferri posse *l. 39. ff. de solut.* Ibi enim Jurisconsultus ait, deposita a debitore pecunia penes electum per creditorem, periculum quidem creditoris esse; verum depositario ab ipso creditore electo, periculum debitoris esse, si ipse fuerit in mora petendi. Verum in eam rem hodie haud opus argumentis est. Siquidem diserte cautum *pragm. 6. §. 4. de liter. camb.* ut, si quis post literarum acceptationem pecuniam exigere neglexerit intra tempus præscriptum *pragm.* 3. §. 10. atque intra dies ibi definitos protestationem omiserit, regressus adversus scribentem ei denegetur.

VI. Porro cum in negotio collybistico acceptans fidejussoris locum obtineat, quæri opportune possit, an acceptans, ob literas jam acceptatas cedente solutionis die, adhuc ad solutionem sit compellendus, si scribens ante solutionem solvendo esse desierit. In ea re haud absurde doctores distingui jubent, quo tempore scribens solvendo desierit esse. Si enim factum id fuerit post literarum acceptationem, acceptantem ex aliorum fidejussorum jure solvere compellendum ajunt. Exploratum enim in jure generatim est, fidejussorem non liberari, si principalis debitor post fidejussionem bonis exciderit, idque & regulæ juris exposcunt, & ita judicatum in Sacro Consilio refert de Franch. *decis.* 303. Quod si ante literarum acceptationem solvendo scribens desierit esse, ejusque conditionem ignorarit acceptans, acceptantem teneri negant, pecuniam præsentanti solvere, quam repetere a scribente nequeat. In hoc enim contractu fidejussioni putant conditionem inesse, si fidejussionis tempore scribens solvendo fuerit: ne-

que enim temere quispiam pro aliquo fidem suam accommodat, a quo providet, se indemnem servari non posse. Vid. de Marin. ad *decis. Revert.* 431. *n.* 5. Neque regeras, iniquum videri, amitti post acceptationem a præsentante pecuniam: nam & iniquum foret, solvi ab acceptante pecuniam, quam certo sit amissurus. Igitur in pari causa ex recepta juris regula melior possidentis conditio videri debet. Vid. Merlin. *libr.2.contr.c.*11. Præter hanc speciem, literis acceptatis, omnino solutio fieri debet. Est enim diserte cautum *pragm.* 3. §. 12. ne ullius exceptionis effugio acceptans solutionem differre possit, ac ne eo sub obtentu quidem, quod scribenti pecunia numerata non fuerit. Cum literis igitur acceptatis solvendi necessitatem acceptans effugere nequeat, id unum ei supererit, inficiari, a se literas acceptatas esse. Si quis tamen neget, a se literas acceptatas esse, ubi tres fide digni testati fuerint, acceptationem videri sibi ab acceptante conscriptam, literis exequutionem judex denegare non debet *pragm.* 5. §. 4. *de liter. camb.* Ad solutionem tamen pragmatica deveniri vetat, nisi fidejussores a præsentante dentur, qui solventi caveant, pecuniam restitutum iri una cum interesse cambiorum, ac præterea pro singulis centenis acceptis viginti quinque solutum iri dividenda inter acceptantem, & fiscum, si constiterit, per falsam acceptationem indebitum exactum esse.

VII. Ex dictis hactenus sat, puto, constat, literas collybisticas paratam exequutionem habere non tantum adversus eum, qui scribenti per acceptationem veluti fidejussor accesserit, sed adversus ipsum scribentem etiam, si vel literæ non acce-

ceptentur, vel, ipsis acceptatis, pecunia ab acceptante soluta non fuerit, modo, pecunia non soluta per acceptantem, protestatio fiat intra tempus definitum *pragmat. 6.§. 4. de lit.camb.* Sapienter autem in Regno cautum, ut ipse scribens conveniri possit. Si enim ea facultas denegata esset, sæpiuscule damnum subirent illi, in quorum gratiam literæ scriptæ forent. Nam, cum plerumque extra Regnum Neapolitanum sint acceptantes, exitu inutilis actio foret, si adversus acceptantem dumtaxat posset institui, eoque respexisse videtur *pragm. 1. n. 8. eod.* ut recte ibi a Rovito monitum. Ne vero commercii cursus impediretur, providentissime in Regno cautum, ut, si literis collybisticis ab judice exequutio decreta fuerit, ea impediri nequeat solitis judiciorum effugiis, appellando, reclamando scilicet, aut nullitates etiam adversus sententiam producendo. Ea remedia tandem afferri jus erit, ubi factum depositum, idque liberatum creditori jam fuerit *pragm.5.§.7.eod.* Ibidem vero negotii collybistici causas ad Collaterale consilium pertinere placuit; verum eas definit hodie judex, qui *delegatus cambiorum* appellatur. Quod autem diximus, literis collybisticis paratam exequutionem esse, id quidem accuratius intelligi velim. Si enim exequutio petatur adversus scribentem ipsum, exceptio non numeratæ pecuniæ ei denegari non debet, si ostendi in continenti a remittente non possit, pecuniam revera numeratam esse. Quod enim *pragm. 3. §. 12. eod.* diserte vetat, adversus literas collybisticas exceptionem opponi non numeratæ pecuniæ, res ipsa suadet, id de acceptante tantum intelligendum esse. Is enim, ut supra vidimus, cum de jure tertii excipere nequeat, non potest

solu-

solutionem effugere eo sub obtentu, quod scribenti pecunia numerata non fuerit. Nusquam tamen in pragmaticis cautum, exceptionem non numeratæ pecuniæ denegari scribenti. Ea enim ut præcludatur, in promptu ostendi a remittente debet, pecuniam revera numeratam esse. Proinde ad lites præcavendas, per publicam mensam solvi debet scribenti pecunia *pragm. 8. eod.* Id si factum fuerit, nullum scribenti patet effugium. Cum tamen præter principem Urbem nusquam in Regno sint mensæ publicæ, ex recepta consuetudine exceptio non numeratæ pecuniæ in Regni quoque provinciis denegabitur, si pecunia solvi curetur coram duobus, adversus quorum testimonium exceptio proponi nequeat.

VIII. Paratam etiam adversus debitores exequutionem habet in Regno apocha, quam *banchalem* vocant. Græcum apochæ vocabulum a Latinis etiam est usurpatum, eoque tamquam in Latium jam ascito ipse utitur Ulpianus *in l. 19. §. 1. ff. de acceptil.* Apud Græcos vox isthæc receptionem indigitat. Hinc Latini veteres apocham appellarunt chirographum, seu schedulam a creditore debitori traditam, qua fateretur creditor, se pecuniam, aliudve quid simile a debitore accepisse: eam hodie *quietantiam* vocant, quia per apocham non minus, quam per acceptilationem, securitas debitori paratur. Inter apocham, & acceptilationem id interesse Ulpianus scribit *in d. l. 19. ff. de acceptil.* quod per acceptilationem quidem liberatio omnino contingit, licet revera pecunia non solvatur; per apocham vero debitor non liberatur, nisi revera pecunia sit soluta. A vero enim haud abest, patuisse creditori protestationem

non

non numeratæ pecuniæ post traditionem apochæ debitori factam, sicut id ipsum remedium debitori dabatur, qui sub spe futuræ numerationis creditori chirographum de accepta pecunia tradidisset. Ab apocha antapocha diversa est. Est enim antapocha chirographum ab ipso debitore creditori traditum, ut ipsa confessione debitoris inde creditor probare possit, sibi deberi aliquid. Proinde, ut advertit Dionysius Gothofredus ad *l.* 1. *C. de fid. instrum.* antapocha non tantum utilis creditori erit ad probanda debita, annuasque, vel menstruas præstationes quoquo jure faciendas, sed ad cavendas etiam præscriptionis insidias. Frustra enim excipiet de jure præscripto debitor, si suomet chirographo, & confessione revincatur. Antapochæ exemplum ita effingit idem Gothofredus ad *l.* 19. *C. eod. Ego Lucius Titius fateor Cajo Sejo tot solvisse annui reditus nomine, quem ei debeo ob fundum, vel possessionem; vel tot usurarum nomine ob creditam mihi pecuniam.* Ita quidem vocabula isthæc usurpavere veteres. Verum antapochæ quidem vocabulum vix auditur in foro hodie; apochæ vero vocabulum licet in frequenti sit apud nostrates usu, ab ejus tamen ingenua notione descitum. Apochæ enim vocabulo pragmatici indigitant scripturam creditori traditam, qua debitor fatetur, ex mutuo, venditione, conductione, aliave de causa a se certam deberi summam. Ea vulgo *banchalis* dicitur, quia ex more recepto in ejus principio scribitur, penes publicam mensam depositam esse a debitore pecuniam, quæ, die, vel conditione existente, creditori sit exolvenda. Falso autem credidere complusculi, initialia apochæ verba mensæ publicæ directa sine vitio omitti posse. Si enim

enim ea omittantur, adversus eam exceptiones utiliter opponi poterunt. Nam aperte cavetur *in pragm. 63. de offic. procur. Cæsar.* apochas tantum *bancho directas* paratam exequutionem habere, easque per exceptionem eludi non posse, nisi *prius facto deposito, aut debitore in carceribus constituto.*

IX. Porro satis haud est, ejusmodi apochas publicæ mensæ dirigi, ut paratam exequutionem habeant. Adhuc enim oportet, ut a tribus testibus subscribantur *d. pragm. 63. de offic. procur. Cæs.* Parum autem interest, a quo apocha conscripta fuerit, modo testes, & ipse debitor ei subscripserint, ut recte advertit Afflictus *decis.* 104. Verum licet *d. pragm. 63.* ipsius debitoris subscriptionem requirere videatur, debitoris tamen subscriptio rite supplebitur aut per publicum tabellionem, aut privatum literatum etiam, si debitoris mandatum præcesserit, ut aperte cautum *in pragm.* 11. *de negant. mut.* Sed cautiores creditores hodie, per publicos tabelliones apocham sibi scribi curant. Ubi autem apocha fuerit rite conscripta, ne exceptio quidem non numeratæ pecuniæ adversus eam admittitur, nisi prius facto deposito, aut debitore in carceribus constituto. Id ipsum tamen intellige, si apocha judicio probata fuerit *d. pragm. 63.* Apocha judicio probari dicitur, primo si recognita ab ipso debitore fuerit. Si enim coram judice debitor fateatur, a se apocham scriptam esse, suamet confessione pro judicato habetur. Quod si debitor in judicium vocatus ut recognoscat, tertio citatus detrectet se sistere, ipsius contumacia facit, ut apocha pro recognita habeatur, ne alias publicam auctoritatem quis impune contemnat, quo jure & hodie in foro utimur, & sua ætate eodem

eodem usum Sacrum Consilium testatur de Franch. *decis.* 502. cui adde de Luc. *ibid. n.* 3. Deinde judicio etiam apocha probata censebitur, si coram testibus *verificata* fuerit, ut pragmatici loqui amant. Ut autem per testes verificetur apocha, sufficit, eos testari, se vidisse, & præsentes fuisse, cum in creditoris gratiam apocha scribebatur. Vid. de Luca ad *d.decis.de Franch.*502. *n.* 5. Si quis autem præsens falso neget, a se, aut jussu suo apocham conscriptam esse, præter summam creditori solvendam pro singulis centenis decem fisco solvere compelletur. Quod si privatim apochæ sine prædictis solemnibus conscriptæ fuerint, quinque pro singulis centenis mendacii pœna erit *d.pragm.*11.*de negant.mut.* Quid si ipse debitor creditorem præoccupare velit, eique denunciet, sibi pecuniam numeratam non esse, eritne audiendus sine deposito? Rem quærit Tapia *libr.* 3. *de jur. Regn. sub tit. de apoch.* eamque a se propositam per Sacrum Consilium non decisam scribit *n.* 5. Verum cum pragmatica sine deposito debitorem audiri vetet, ubi conventus a creditore fuerit, eaque juri communi exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere permittenti deroget, ultra casum expressum eam non crediderim produci oportere. Proinde sine deposito audiendum debitorem putarim, si judicio non lacessitus ultro creditori denunciet, pecuniam sibi numeratam non esse.

X. Paratissimam etiam exequutionem habet in Regno *obligatio penes acta*, quam vocant. Apud nos enim, qui penes acta se obligarit, ab eo qui confessus in jure fuerit, non videtur absimilis. Quemadmodum igitur adversus eum, qui debitum confessus in jure fuerit, parata exequutio accommodari debet, ita æquum videbatur, eodem jure agi ad-

adverſus eum, qui penes acta ſe obligaſſet, idque lata lege firmatum apud Neapolitanos *rit.* 128. Licet vero de pœna tantum ibi ſit cautum, ut qui ſcilicet pœnam penes acta promiſerit, inauditus pœnæ promiſſæ nomine damnari poſſit, æquiſſima tamen interpretatione ritum extendi placuit ad quamlibet ſummam penes acta promiſſam, ut teſtatur ibi Caravita. Cum vero ejuſmodi obligatio a quaſi confeſſione in jure, non a juramento vim ſuam mutuetur, paratam exequutionem habebit etiam adverſus eum, qui ſine juramento ſe obligarit. Ex ritu autem *item quod magiſtri actorum*. ſubactuarii ejuſmodi obligationes excipere non vetabantur, ſi voluntas ipſorum magiſtrorum accederet: verum hodie ex *pragm. 9. de actuar.* obligationes penes acta ab ipſis actuariis excipi debent. Ex fori conſuetudine tamen ſatis erit, ſi aliena manu conſcriptæ ab ipſis actuariis mox ſubſcribantur. Cum vero facile fieri poſſet, ut fraudulenti homines alienum nomen ementiti abſentes penes acta obligarent, ad fraudes in ea re præcavendas ab ipſo debitore obligatio ſubſcribatur, oportet *pragm.* 15. *eod.* Si literas is ignoret, ejus loco ſubſcribet actuarius, ſi ei debitor non ſit ignotus. Ad fraudes etiam præcavendas ejuſmodi obligationibus ſubſcribere debent & teſtes duo, qui aſſerant, debitorem ſe noſſe *pragm.* 16. *eod.* Verum ex recepta fori conſuetudine ſolius actuarii ſubſcriptio ſufficit, ſi in obligationem deducta ſumma ſit infra ducatos quinquaginta. Ceterum ubi penes acta ſe quis obligarit, in quacumque curia competente conveniri poterit, eo cum diſcrimine tamen, quod ſi in eadem obligationis curia exequutio petita fuerit, ea decerni poterit,

reo

reo inaudito; sin in diversa, reus citari debet. Fieri enim potest, ut, cum in obligationis curia solvendo reus se liberarit, rursus in altera curia calumnia ei fiat. Vid. Afflict. ad *const. bajulus*. Denique quod diximus, reo non citato, paratam exequutionem habere obligationem penes acta, id quidem, ut & in banchali apocha, obtinet, si obligatio non sit antiqua. (Antiqua censetur obligatio, si decennium jam fuerit elapsum). Si enim ea fuerit antiqua, citari reus, & audiri debet. Ex tanti enim temporis lapsu præsumi debet, creditori satisfactum esse. Vid. Afflict. ad *const. dilationes*.

CAPUT II.

De instrumento solemni, ejusque effectibus.

QUamvis, inspecto jure civili, contractus plerique omnes a scriptura non pendeant, nisi ubi contrahentes diserte convenerint, ut contractus scriptura tandem perfectus intelligatur *l.* 17. *C. de fide instrum.* ex vetustissimis tamen Regni moribus apud nostrates invaluit, ut contractus plerique omnes solemni instrumento perficiantur. Scripturæ omnes apud Romanos olim, & fortasse ad Constantinum usque privata auctoritate conscriptæ videntur; proinde, si a testamento discesseris, solemnes haud erant. Verum postquam, ut præcaverentur in Civitate lites, tabelliones institui placuit, discrimen evaluit inter scripturas solemnes, seu publicas, & privatas. Utræque fidem in judicio faciebant; verum privatæ quidem & minoris auctoritatis erant, & inde contrahentibus vix certa securitas:

tas: publicæ propter juris folemnia iis appofita & majoris momenti apud judices erant, & cavillofis vitilitigatorum effugiis minus patebant. Ut folemne autem apud Romanos inftrumentum effet, plura requirebantur. Primo enim oportebat, ut a tabellione publice conftituto conficeretur in protocollo *novell.* 44. *c.* 1. *&* 2. Protocollum erat quoddam chartæ fingulare genus fua nota fignatum, ut inde dignofci poffet, quis eam præparaffet. Brevem etiam adnotationem charta ifthæc complectebatur, quo Comite facrarum largitionum, & quo tempore confecta foret, ut inde etiam, præparationis ætate cum inftrumenti tempore comparata, per fraudem inftrumenta conficta facile arguerentur. Vid. Cujac. ad *d.novell.*44. Verum apud nos hodie a vocabuli proprietate defcitum, & aliam ex tabellionum ufu fententiam protocollum habet. Præterea inftrumento publico tres faltem teftes fubfcribere oportebat, fi quinquaginta auri libras contractus excederet *l.* 17. *C. fi cert. petat.* Licet enim id ibi Juftinianus de privato chirographo cavere videatur, potiori jure tamen id fervatum exiftimarim, fi publicum inftrumentum conficiendum effet. Vid. *novell.* 73. *c.* 8.

II. Jam vero municipali etiam Regni jure fuis folemnibus inftrumenta muniri debent. Primo enim ex *pragm.* 2. *de contract.* publica de contractibus inftrumenta per Regios tabelliones confcribi, aut faltem ab aliis confcripta per eos fubfcribi oportet. Deinde tantum in charta pergamena inftrumenta publica defcribi Fridericus juffit *conft. un. de inftrum. confic.* Verum in ea re legem vicere mores. In ejufmodi enim chartam ex recepta confuetudine tranfcribi tantum inftrumentum debet, fi via ritus

fit

sit liquidandum, ut infra liquebit. Denique ab eodem Friderico cautum, ut, siquidem contractus foret infra libram auri, præter judicem, & tabellionem, instrumento subscriberent testes duo; sin libram auri contractus excederet, tres testes ei subscriberent *const. unic. de fid. & auctor. instrum.* Verum & ea constitutio latiorem in Regno interpretationem accepit. Si enim illiterati sint testes, signo crucis apposito eos instrumento subscribere receptum est, quod & Justiniano placuit *in novell.* 73. *c.* 8. Ceterum tres in Regno testes subscribere oportet, si ab initio libram auri contractus excesserit. Si enim ab initio debitum fuerit infra libram auri, deinde ob usuras non solutas auri libram excesserit, rite scriptum instrumentum videbitur, si duo testes ab initio ei subscripserint, idque ita judicatum testatur Tapia *decis.* 50. Ubi autem in instrumento conficiendo solemnia isthæc fuerint apposita cum juramento de eo servando, & paratam exequutionem promiserint contrahentes renunciando exceptionum effugiis, censetur in Regno instrumentum solemne confectum. Ejusmodi instrumentum *guarantigiatum* a pragmaticis dicitur Gallico vocabulo, quod firmitatem indigitat. Guarantigiatum enim instrumentum firmitatem apud nos habet cum ex *d. const. unic. de fid. & auct. instrum.* tum præsertim ex ritu 166. Pactum paratæ exequutionis contineri plerique putant in clausula instrumentis apponi solita, ut instrumentum exequutioni mandari possit *more pensionum Civitatis Neapolis*, hoc est, omissis judiciorum ambagibus; sed rectius fortasse statues, vim instrumenti solemnis potissimum repetendam esse ex verbis *pro quibus omnibus obser-*

vandis, *&c.* Vide Petram ad *d. rit. 166.*

III. Jam vero cum in instrumento solemni non tantum pactum exequutivum, sed juramentum etiam adhibeatur, duo inde promanant effectus magni quidem usus in jure patrio. Primo enim ex pacto exequutivo parata instrumenti exequutio peti potest. Deinde, si quis instrumentum haud impleat, cum adversus proprium juramentum faciat, tamqnam perjurus criminali etiam judicio recte convenietur. Proinde ex instrumento solemni duæ nascuntur actiones altera civilis, qua prompta ejus exequutio petitur; criminalis altera, qua ad pœnam adversus perjurum irrogandam agitur. Principio igitur propter pactum exequutivum appositum instrumento solemni sine prolixis judiciorum ambagibus statim solutio urgeri potest. Licet autem ejusmodi instrumentis parata sit exequutio, cum tamen sæpe contingat, ut reus justas defensiones habeat, adversus eum inauditum statim exequutio decerni non debet. Quemadmodum igitur jure civili ad rei condemnationem non devenitur, nisi vel ter, vel semel saltem edicto peremptorio denunciatum debitori fuerit, de lite pronunciatum iri, nisi reus se judicio sistat *l. 68. &* *sequ. ff. de judic.* ita apud nos hodie instrumenti exequutionem non decernit judex, nisi duo præcepta de solvendo præmittat ex *pragm.* 1738. Si post præcepta de solvendo non fuerit a reo paritum, aut justas adversus instrumentum is defensiones non allegarit, exequutio decernetur a judice primum quidem super debitoris bonis: si bona non suppetant, ipsum debitorem custodiæ mancipari jubebit. Vid. Michael. Gyptium ad *decis. 56. Capyc. Latr.* Quapropter cum sine præceptis de solvendo in-

instrumenta solemnia exequutioni non demandentur, rectius *viam præceptivam*, quam *exequutivam* ea habere dixeris. At vero ejusmodi privilegium apud nos habebunt instrumenta solemnia, si intra triginta annos a die natæ actionis eorum exequutio petita fuerit; si enim jam tricennium sit elapsum, ordinario judicio instrumenti exequutio peti debet. Atque commodum hic fuerit advertere, jure quidem Romano lapsu triginta annorum ipsam actionem plerumque perimi; verum apud nos recepta fori consuetudine tricennii lapsu non ipsa actio, sed tantum via exequutiva perimitur. Vid. Capyc. Latr. *decis.* 56.

IV. Ob solemne instrumentum propter rei perjurium criminaliter etiam, ut diximus, potest agi *rit.* 166. In ea re olim in Regno Neapolitano atrocius agebatur. Manus enim obtruncabatur ei, qui ob solemne instrumentum criminali judicio pulsatus esset *rit.* 171. Verum hodie ex recepta consuetudine reus civili pœna multatur, si criminaliter conventus fuerit. Recepta autem in foro pœna sunt decem pro quibusque centenis, ut testatur Caravita ad *d. rit.* 171. Cum criminaliter ob eam rem agitur, *instrumentum liquidari* dicitur. Licet autem in instrumenti liquidatione hodie corporalem pœnam reus effugiat, in ceteris tamen ea peragitur tamquam criminale judicium. Hinc conventus liquidatione reus per procuratorem sisti vetatur, cum in criminalibus per procuratorem excipi non possit actio. Indidem quoque est, quod ipse actor reum per procuratorem convenire nequit *d. rit.* 166. Quod si per procuratorem quæsita sit obligatio, ratio juris exposcit, ut ipse procurator liquidationem instituat. Verum eo jure

in foro utimur, ut rite liquidatio instituatur, si tabellio, a quo scriptum instrumentum fuerit, una cum creditore agat. In instrumento enim ipsi quoque tabellioni tamquam procuratori promitti solet. Vid. de Marin. *resol. jur.* 1. 187. *n.* 11. Ex criminali denique judicio manat, quod cum filius adversus patrem criminaliter agere nequeat, instrumentum contra patrem liquidari non possit. Adversus parentem igitur agente filio, per præcepta de solvendo potius procedi debet de Franch. *decis.* 162.

V. Porro quamvis jure Romano æris alieni causa mulieres in carcerem detrudi nequeant *novell.* 134. cum tamen instrumenti liquidatio promanet ex crimine, prædictus ritus 166. sine discrimine adversus debitores procedi jubet seu masculos, seu fœminas. Proinde si, incusato instrumento, fœminæ se solvisse in continenti non probent, custodiæ mancipantur. Ut enim recte advertit de Marinis *resol.* 1. 188. *n.* 1. instrumentum incusatum majorem apud nos vim habet, quam ipsa sententia, idque vel inde constat, quod per appellationem sententia suspendi potest, instrumentum vero statim exequutioni mandatur, neque eam impedit appellationis effugium. Ceterum si honesta sit mulier, ita receptum jus est, ut in Ecclesiæ Curiæ propinquiori se sistat, eoque judex accedens domum loco carceris ei præstituat, si statim solutionem haud probet. Quod si reus se sistere detrectet, post triduum habetur ut contumax, &, incusata tertia contumacia, condemnatur ad pœnam, & summam in instrumento contentam, eoque nomine exequutio decernitur. Ad purgandam contumaciam tamen receptum in Regno est, ut reus compareat *de sero*, quo facto, carcerem eum effugere

gere docuere pragmatici, quia cum vespertinis horis non sedeat pro tribunali judex, jubere non potest, duci reum in vincula. Verum ubi de sero comparuerit reus, sequenti die in curia se sistere debet defensiones suas allegaturus; alias contumaciam non effugiet *pragm.* 11. *de offic. magistr. just.*

VI. At vero plures ob causas ad instrumenti liquidationem deveniri non potest. Primo enim frustra instituitur liquidatio, si ex ipso instrumento liquido non constet actio, & extrinseca probatione ei sit opus, ut aperte cautum *rit.* 167. Deinde frustra etiam liquidatio occœptatur, si appareat ex ipso instrumento nullitas. Ita quidem adversus mulierem instrumentum liquidari nequit, si alienam obligationem in se susceperit, cum Senatusconsulto Vellejano tueri se possit. Tertio, cum incivile sit ob levem summam tamquam perjurum conveniri quempiam, si debitum sit infra unciam auri, liquidatio denegatur *d. rit.* 167. Rursus si contractus instrumento initus sit ultro citroque obligatorius, liquidatio nequit institui, nisi in continenti probarit actor, ex parte sua contractum impletum esse. Præterea, quod Senatusconsulti quoque Macedoniani exceptio liquidationem impedit, & lapsus etiam vicennii via ritus agi non patitur. Cum enim jure Romano actiones criminales vicennio perimantur *l.* 12. *C. ad leg. Cornel. de fals.* liquidationis criminale judicium vicennio apud nos expirat. Sed ea de re plura desino. Tot enim adversus instrumenti liquidationem exceptiones excogitavere pragmatici, ut eas percensendo facile fastidium lectoris excirem. Eo accedit, quod raro hodie liquidari instrumenta soleant

leant non ſolum ob tot debitorum effugia, verum etiam quia poſt pragmaticam 1738. expeditior via patet debitoribus coercendis. Ex ea enim ſi ob ſolemne inſtrumentum debitores in jus vocati intra viginti dies haud ſolvant, exequutio adverſus eos parata decernitur non ſolum ob debitum comprehenſum in inſtrumento, ſed ob pœnam etiam quinque pro ſingulis centenis fiſco ſolvendam.

TITULUS XXIII.

De obligationibus ex conſenſu.

QUarta, & ultima contractuum ſpecies conſenſu perficitur. Ejuſmodi ſunt emptio venditio, locatio conductio, ſocietas, mandatum §. *un. h. t.* In eumdem tamen hodie numerum referenda videtur & emphyteuſis. Ea quidem olim ſingularis contractus ſpecies non videbatur, & inter emptionem venditionem, locationem conductionem fluctuavit ad Zenonem uſque; ubi is tamen ſingularem contractum emphyteuſin eſſe juſſit, & non minus ab emptione venditione, quam a locatione conductione diverſam *l. 1. C. de jur. emphyteut.* ea ſingularis contractus evaſit, qui ſolo conſenſu perficitur, ut infra liquebit. Verum Zenonianæ conſtitutionis Tribonianus oblitus, & Cajum ſequutus *in l. 2. ff. de obligat. & act.* quatuor tantum contractus, qui conſenſu perficerentur, enumeravit *in d. §. un. h. t.* Utcumque id erit, prædicti contractus, cum ſolo conſenſu perficiantur, *conſenſuales* vulgo dicuntur. Dicuntur autem conſenſu perfici, quia præter conſenſum, & mutuam contrahentium voluntatem, ad ſui ſubſtantiam nil ul-

tra

tra requirunt. Obligationibus quidem generatim omnibus communis consensus est; eæ tamen perfici solo consensu nequeunt: ut enim rite perficiantur, rem, verba, literas quoque desiderant. At contractus consensuales solo consensu contrahentium perfecti intelliguntur, neque aliud requirunt, ut rite consistant. Quod enim in contractibus consensualibus adhiberi scriptura solet, id quidem facilioris probationis fit gratia, non quia ad ipsorum substantiam scriptura pertineat. Ita sane emptio venditio statim perfecta intelligetur, ubi contrahentes seu præsentes, seu absentes mutuum consensum interposuerint. In contractibus vero consensualibus declarari consensus solet aut certis indiciis, aut rebus ipsis, & facto. Certis indiciis consensus interpositus intelligetur non tantum per verba, vel literas, sed per simplicem quoque nutum *arg. l.* 21. *ff. de legat.* 3. Rebus ipsis, & facto contrahentes consensisse dicentur, si ex ipsa re gesta consensus interpositus videri queat. Ita quidem, si quis, me non aperte consentiente, præsente tamen, prædium meum vendiderit, meoque nomine de pretio pactus is fuerit, si pretium conventum accepero, ipse vendidisse videbor *l.* 12. *ff. de evict.* Cum vero contractus consensuales omnes sint bonæ fidei, in eis tantum valet officium judicis, quantum in stipulationibus expressa nuncupatio. Ut igitur generatim alias obtinet in judiciis bonæ fidei, ex contractibus consensu initis non tantum obligatio in ea nascitur, quæ diserte promiserint contrahentes, sed & generatim in omnia, quæ ex æquo, & bono præstari debent, quamvis negligentia contrahentium ea fuerint omissa *d.* §. *un. h. t.*

TITULUS XXIV.

De emptione venditione.

Contractuum, qui solo consensu perficiuntur, prima, eaque nobilissima species emptio venditio est. Licet vero hic contractus hodie humanis necessitatibus sit maxime necessarius, apud priscum tamen mortalium genus fuit ignotus, adhuc incomperto eminente pretio, quo merces æstimari possent. Quod igitur eodem fere redibat, permutatione sibi necessaria parabant homines, cum plerumque contingeret, ut, quod deesset uni, superesset alteri. Cum permutatione tamen humanæ indigentiæ non videretur omnino consultum, neque semper alteri foret, quod desideraret alter rem suam permutaturus, ipsa facilioris commercii ratio emptionem venditionem sua sponte suasit, qua, constituto pretio eminente, permutationum difficultati æqualitate quantitatis subveniretur. Ea autem quantitate constituta in metallis rarioribus publica forma percussis, futuræ necessitatis sponsor nummus evasit, ut recte eum appellat Aristoteles *eth.* 5. 5. Inventa autem emptione venditione, a pretio distinctæ merces, cum in permutatione olim datum, & acceptum utrumque merx esset. Mutuus vero consensus in mercem, & pretium emptionem venditionem perficit. Ubi enim in mercem, & pretium consenserint contrahentes, emptio venditio perfecta videbitur *princ. h. t.* Proinde ea haud incommode definietur *contractus juris Gentium, quo emptor certo pretio alteri se rem tradíturum promittit.* Pretium in pecunia consistere debet §. 2. *h. t.* Si enim res pro re detur, non

non emptio venditio, sed permutatio contracta censebitur. Sabinus quidem, & Cassius olim in aliis quoque rebus pretium constitui posse censuerunt, & permutatione fieri emptionem venditionem; rectius tamen Nerva, & Proculus statuerunt, permutationem contractus speciem singularem esse, & ab emptione venditione diversam, eamque sententiam, ratione juris ita monente, confirmavere Principes *l. penult. C. de rer. permut.* Sane cum in emptione venditione a merce pretium necessario distingui debeat, perperam dixeris permutatione fieri venditionem posse, cum in rebus permutandis merx, & pretium distingui nequeant. Ceterum si duorum merces certo pretio ab initio æstimatæ fuerint, ac mox in solutum utrimque dentur, emptio quidem venditio, non permutatio contracta videbitur. Ita quidem si oves meæ mille aureis æstimentur, totidem vero frumentum tuum, earum mercium permutatione facta, venditio potius contracta censeri debet. Sed de hujusmodi permutatione Sabinus, & Cassius non disceptarunt.

II. Cum vero solo consensu contrahentium emptio venditio perfecta intelligatur, ea statim post mutuum consensum contracta censebitur, licet neque arrhæ sint datæ, neque de contractu confectum sit instrumentum *d. princ. h. t.* Tantum per consuetudines Neapolitanas invaluit, ut, si de rebus soli sit quæstio, emptio consistere non censeatur, nisi arrhæ sint datæ, aut prædium traditum emptori fuerit *consuet. un. de contrah. empt.* Eam tamen consuetudinem hodie fori praxis non videtur admittere, præsertim si publicum instrumentum confectum de venditione fuerit. Ceterum ex ipsis regulis Romani juris, si contrahentibus

ita

ita placuerit, aliunde emptio pendere potest, & ad ejus substantiam scriptura requiri, si contrahentes declararint, ne contractus perfectus intelligatur, antequam de eo confectum sit instrumentum. Si enim ita convenerint contrahentes, perfecta non intelligetur emptio, nisi in scriptum redacta fuerit; donec factum id sit, pœnitentiæ locus erit *l.* 17. *C. de fid. instrum.* Quod si ad emptionis substantiam scripturam pertinere placuerit, & futuri contractus nomine arrhas dederint contrahentes, adhuc pœnitentiæ locus erit; verum in ea specie qui arrhas dedit, eas amittet; qui accepit, earum duplum restituere compellitur *d. l.*17. *in fin.C.eod.* Id ipsum tamen de venditione, quæ datis arrhis simpliciter promissa fuerit, intellige. Si enim mutuo consensu emptio jam sit perfecta, atque arrhis a contrahentibus firmata fuerit, invito altero, a contractu recedi nequit, licet arrhas emptor venditori relinquere sit paratus, earumve duplum venditor restituere velit. Exploratum enim in jure est, a contractu nominato sine consensu mutuo recedi non oportere, idque adeo verum est, ut ab emptione semel perfecta ne ex Principis rescripto quidem, invito altero, recedi possit *l.* 3. *C. de rescind. vend.* Neque regeras, inter contrahentes id tacite videri agi, ut, datis arrhis, ab emptione jam perfecta impune resilire liceat, si eas contentus sit emptor amittere, duplumve velit restituere venditor. Cum enim dari soleant arrhæ non infirmandæ quidem, sed obligationis magis confirmandæ gratia, absurdum esset, in contractus eversionem trahi, quod ad ejus firmamentum est institutum. Quæ sane sententia non tantum est juri consona, sed & apud omnes plerosque

popu-

populos æquitate sua se commendavit.

III. Porro, ut consensu perfecta videatur emptio, non solum in mercem, sed in pretium etiam consentire contrahentes oportet. Nam emptionis substantia pretio consistit *l.* 27. *ff. h. t.* Si qua igitur venditio donationis, aut nummo uno dicis causa fiat, venditio non contracta videbitur *l.* 36. & 38. *ff. eod.* Pretium vero certum esse debet: proinde si cui res vendatur pretio suo arbitrio statuendo, nihil actum intelligetur *l.* 35. §. 1. *ff. eod.* Veteres tamen addubitasse comperio, an venditio rite contracta videretur, si pretium in tertii collatum foret arbitrium. Affirmarunt quidam, negarunt alii. Ercifcundi ita distinguendum censuerunt, ut consisteret quidem emptio, si certæ personæ arbitrium electum foret; alias frustra emptionem contractam existimarunt. His tandem litem addixit Justinianus, ac ratam venditionem haberi jussit, modo tertius electus pretium definiret *l.* 15. *C. de contrah. empt.* Ibidem ab Imperatore cautum, ut necessitate juris contrahentes secundum electi æstimationem contractum implerent. Consistet igitur emptio, & pretium ab arbitratore definitum præstandum erit, licet pluris, aut minoris res æstimata dicatur. Verum addubitatum video, an officio judicis corrigi possit æstimatio, si ea iniquior videatur. Sane cum bonæ fidei sit hic contractus, si, iniquiori pretio constituto, contractus implementum quis urgeat, æstimatoris iniquitas judicis officio emendari potest. Quod si contractus fuerit impletus, traditione sequuta, aut pretio jam numerato, nullum læso remedium superesse videtur. Æstimationis enim iniquitati renunciasse præsumitur, qui ultro contractum impleverit. Id ipsum tamen

tamen intellige, si læsio sit infra dimidium. Si enim læsio justi pretii duplum excedat, præsto erit læso remedium rescissorium ex *l. 2. C. de resc. vendit.* Ea in specie igitur, licet pretium sit solutum, integrum emptori erit, seu repetere pretium re restituta, vel tantum a venditore condicere, quanti minoris arbitrio boni viri res æstimatur. Licet vero in ea lege Principes id arbitrium soli venditori videantur asserere, factum id ibi tamen, quia facti species ita monebat: aliunde nihil ex jure proferri potest, cur emptori sit denegandum, quod venditori conceditur. Negat id quidem Cujacius *observat. 16.* 18. eum tamen præter alios recte refellit Annæus Robertus 2. *animadvers.* 13. Confer Dionysium Gothofred. *in adnot.ad d. l. 2. C. de rescind. vendit.* At vero si læsio fuerit enormissima (ejusmodi censetur, si quis ultra bessem justi pretii defraudatus dicatur) ex communi doctorum sententia contractus censetur ab initio ipso jure nullus, ac res una cum fructibus restituenda est. Conf. Fabr. *in Cod. sub tit. de rescind. vend. defin.* 3. de Marin. *resol.* 1. 153. Capyc. Latr. *consult.* 35. *n.* 52. Quod si enormis tantum sit læsio, & ad bessem ea non pertingat, ita in foro praxis invaluit, ut a die tantum litis contestatæ fructus restitui oporteat. Vid. de Ros. *in civil. decret. prax. c.* 12. *n.* 84.

IV. Porro emptio, ut ceteri contractus omnes, non tantum ab initio pure iniri, sed a conditione etiam suspendi potest. Illud tamen in emptione singulare est, ut conditio intra certum tempus venditoris, aut emptoris arbitrio recte remittatur. Ita quidem ea lege prædium vendi potest, ut perfecta tandem intelligatur emptio, si intra biennium

empto-

emptori placuerit. Quo ſane caſu perfecta tandem intelligetur emptio, ſi intra biennium, ſibi placere conditionem, declaravit emptor §. 4. *h. t.* Illud etiam in emptione ſingulare eſt, ut non tantum ab initio ſub conditione rite contrahatur, ſed pure etiam ab initio iniri poſſit, ea lege adjecta, ut exiſtente conditione aliqua reſolvatur. Ita quidem ſi prædium ita vendidero, ut ſi intra novemdium tibi diſplicuerit, ab emptione recedi liceat, emptio ab initio pure facta intra novem dies pro lubitu ab emptore reſolvi poterit *l. 6. C. reſcind. vendit.* Eo pertinet pactum de retrovendendo, quod vulgo dicitur *retractus conventionalis*, quo conveniri ſolet, ut, pro venditoris lubitu reſtituta pecunia, res ſit inempta, & avocari a venditore poſſit *l. 2. C. de pact. int. vendit. & empt.* Sed in ea re celeberrima in jure civili ſunt pacta duo emptioni frequenter apponi ſolita, *lex* ſcilicet *commiſſoria*, & *addictio in diem*, de quibus ſingulares proſtant in pandectis tituli. Addictio in diem apponi venditioni dicitur, ſi res ea lege vendatur, ut, ſi intra certum tempus melior offeratur venditori conditio, reſolvatur emptio *l. 1. ff. de in diem addict.* Lex vero commiſſoria interpoſita in emptione cenſebitur, ſi contrahentes convenerint, ut, intra certum tempus venditori non ſoluto pretio, res ſit inempta, eaque venditori reſtituatur *l. 2. ff. de leg. commiſſ.* Alterutra igitur ſub lege contractus pure ab initio celebratus, exiſtente conditione, reſolvitur.

V. Neque vero generatim omnia vendi poſſunt. Si quæ enim jus Naturæ, vel Gentium, vel Civitatis leges commercio exemerunt, ea fruſtra venduntur *l. 34. §. 1. ff. h. t.* Siquidem igitur rei conditio-

ditionem ſciat uterque contrahens, aut ſaltem emptor, emptio plane nulla contrahitur, ubi res commercio exempta vendita fortaſſe fuerit. Verum ſi quis ſciens ignoranti emptori vendiderit rem commercio exemptam, valebit emptio *l.* 4. *ff. eod.* Id ipſum tamen non ita intelligendum, quaſi rem ipſam emptor petere poſſit, ejuſque traditionem urgere. Ea enim in ſpecie tantum actione empti experiri poterit adverſus venditorem emptor, ut conſequatur, quatenus ſua intereſt, ſe deceptum non eſſe §. 5. *h. t.* & *l.* 62. §. 1. *ff. eod.* Quæ res jure civili commercio ſint exemptæ, alibi enarravimus. Ceterum hujus Regni municipali jure compluſcula vendi prohibentur non abſolute quidem, ſed reſpectu quodam ſeu temporis, ſeu rerum vitio affectarum, ſeu emptorum etiam. Primo enim ad fœnebrem pravitatem præcavendam præmature mercatores fruges quaslibet ante perceptionem vetantur emere. Si quis ſecus fecerit, ducatis mille fiſco ſolvendis multatur. Si qui vero tabelliones ejuſmodi inſtrumenta confecerint, prima quidem vice centum auri uncias pœnæ nomine fiſco ſolvent: quod ſi iterum ejuſmodi ſcripturas conſcripſiſſe arguantur, præter pœnam centum unciarum muneris exercitio carere jubentur *pragm.* 2. *de empt. vend.* Rurſus ad annonæ caritatem arcendam a principe Regni Urbe cautum *pragm.* 37. *de annon.* ne quis intra triginta ab ea lapides ſibi fruges comparet ultra anni neceſſitatem. Præterea ad valetudinem recte tuendam vetitum in Regno fuit, vendi frumentum novum cum veteri corrupto mixtum *pragm.* 5. *de empt. vendit.* Ad fures etiam coercendos res furtivæ nomine domini emi prohibentur: alias ſupervenien-

nienti domino eæ debent ab emptore restitui, neque ab eo pretium condici poterit *pragm.* 1. *eod.* Denique, ne fisci, privatorumve conditio detrimentum patiatur, si quæ res seu allodiales, seu feudales ad fiscum, privatosve pertinentes jussu Regiæ Cameræ Summariæ vendantur, ab ejus magistratibus seu majoribus, seu minoribus emi nequeunt, ne metu potentatus ab emptione deterreantur alii *pragmat.* 8. *eod.*

VI. Jam vero, emptione perfecta, diverso jure emptor a venditore utitur. Emptor enim nummos pretii nomine solutos necessario venditoris facere cogitur: venditor vero tantum vacuam rei possessionem emptori præstare, compellitur. Proinde si rei dominium penes venditorem fuerit, id quidem in emptorem transfertur; sin aliena res sit, tantum evictionis nomine venditor obligatur. Neque enim aliud a venditore requiritur, quam ut præstet, rem habere licere *l.* 25. §. 1. *ff. h. t.* Ratio vero discriminis inde repetenda, quod, licet rei dominium in emptorem non transferatur, totum rei tamen emolumentum in eum redit, si vacua rei possessione potitus is fuerit. Quamvis igitur res aliena dicatur, evictionis nomine venditor conveniri nequit *l.* 3. *C. de evict.* Contra, cum pretii nullus sit usus, nisi ejus dominium transferatur, debitor liberatus non intelligitur, nisi ejus dominum venditorem re vera faciat. At vero, emptione perfecta, res ipsa necessario tradi debet, & falso post Bulgarum, & Azonem docuere doctores, venditorem, cui sit rei tradendæ facultas, liberari offerendo, quod emptoris interest, rem traditam esse. Neque enim æquitas pati debet, ut ab emptore quidem necessario pretium

tium sit solvendum, contra a venditore pro lubitu a contractu recedi possit. Conf. Thomasii dissertationem, *an, qui factum promisit, liberetur præstando, quod interest*. Interea tamen haud negem, Bulgari opinionem pragmaticis magis se commendasse.

VII. Aliena re vendita, si ea a domino evicta fuerit, actione empti adversus venditorem experitur emptor, quatenus sua interest, rem evictam haud esse, licet evictionis nomine se venditor non obligarit *l. 6. C. de evict.* Ne qua tamen collusio inter actorem, & emptorem inita detrimentum venditori afferat, evictionis nomine emptori tandem licebit agere, si is litem venditori denunciarit *l. 20. C. eod.* Ubi lis venditori denunciatur, *auctoris laudatio* in foro fieri dicitur sat latine id quidem: nam ita loquitur Alexander ipse *in l. 7. C. eod.* Veteres enim laudare pro denunciare dixerunt, ut recte ibi Dionysius Gothofredus observat. Lite autem auctori denunciata, is periculo suo emptorem defendere debet, ac, si res adjudicata petitori fuerit, auctor emptorem indemnem servare cogitur. Nullum autem tempus in jure præfinitnm, quo auctoris laudatio sit facienda; id tantum cautum, ne prope condemnationem fiat *l. 29. §. ult. ff. de evict.* Cum tamen intra litis contestatæ terminos appellatio rem deducat, si in judicio primæ instantiæ lis denunciata venditori non fuerit, in judicio appellationis, rebus integris, denunciatio fieri non prohibetur. Licet autem ex rigore Romani juris, si auctor laudatus in lite non fuerit, venditor evictionis nomine conveniri nequeat *d. l. 20. C. eod.* in foro tamen eo jure utimur, ut non laudatus auctor recte conveniatur, si li-

ſi liquido conſtet, nullum in rem evictam jus venditori fuiſſe. Ceterum cum, emptore convento, is litem venditori denunciare debeat, ſi venditor abſit a loco judicii, æquitas ipſa ſuadet, tempus aliquod indulgendum emptori, intra quod litem abſenti venditori denunciare commode queat. Ne tamen inde protelandæ litis occaſionem vitilitigatores arripiant, providentiſſime cautum in Regno eſt, ne, ſi venditor ſit præſens in loco judicii, laudationis inſtituendæ cauſa tempus ullum concedatur emptori *pragm. 2. de dilat.*

VIII. Nunc videamus, oportet, de periculo, & commodo rei venditæ, quod quidem argumentum & magni uſus in foro eſt, & ſingularibus titulis in pandectis, & codice enucleatum a Triboniano fuit. Principio cum contractus generatim omnes a voluntate contrahentium legem accipiant, ex ipſis pactis venditioni appoſitis æſtimandum erit, quis, emptione perfecta, periculum, & commodum rei venditæ ſentire debeat. Seu igitur pacti contrahentes fuerint, ut rei periculum, commodumve pertineat ad emptorem, ſeu ad venditorem, pacta conventa ſervanda erunt *l. 1. & 10. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Quod ſi nihil ſingulare ea de re pacti ſint contrahentes, jus in præſenti ſpecie conſtitutum facile definietur. Cum enim certiſſima regula juris eſſet, omnes debitores alicujus certæ ſpeciei per rei interitum liberari *l. 23. ff. de verb. oblig.* inde intulere Juriſconſulti, periculum, & commodum rei venditæ, emptione perfecta, ad emptorem pertinere oportere. Perfecta autem dicetur emptio, ubi de pretio jam convenerit; verum, ſi emptio ſuſpenſa a conditione fuerit, ea perfecta videbitur, ubi conditio extiterit *l. 8. ff. de peric.*

& comm. rei vendit. Si igitur, emptione perfecta, aquarum inundatione, aut chasmate, aliove quo casu prædium interierit, periculum sustinebit emptor *l.* 10. §. 1. *ff. eod.* Nam ita quoque, si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accreverit, beneficio fluminis quæsitum commodum emptorem sequitur *l.* 7. *princ. ff. eod.* Ab ea regula tantisper recedi placuit in venditione rerum, quæ pondere, numero, mensura constant. In eis enim ita receptum jus fuit, ut siquidem per aversionem simul venderentur omnes, earum periculum ex generali regula sustineret emptor; sin ita venditio facta foret, ut in singulas exempli gratia vini amphoras, aut frumenti modios certa pecunia præstaretur, ante admensionem periculum pertineret ad venditorem *l.* 2. *C. eod.* Neque vero regeras decantatum illud ex *l.* 19. *C. de pignor. act.* rem scilicet perire domino, cumque ante traditionem res in dominio venditoris sit, eum potius rei periculum sustinere oportere. Pridem enim monuerunt interpretes, eam regulam obtinere, ubi idem sit dominus, & creditor rei debitæ, quod usuvenit in deposito, commodato, locato, pignore. Si enim rei dominus ejusdem sit quoque debitor, quod post perfectam venditionem accidit, tunc ex generali regula debitor certæ speciei per rei interitum liberatur, & res non domino perire potest. Id ipsum tamen intellige, si sine mora, vel culpa debitoris res periisse dicatur. Si enim in re tradenda venditor moram admiserit, ejusve culpa res pereat, ipse periculum sustinebit *l. ult. C. eod. & l.* 23. *ff. de reg. jur.*

IX. Cum vero bilateralis contractus sit emptio venditio, eaque uterque contrahens ab initio obligetur,

getur, binæ inde actiones directæ competunt, *empti*, & *venditi* scilicet. Et empti quidem actione experitur emptor, qui contractui jam satisfecerit, adversus venditorem, ejusve heredes, ad rem tradendam una cum fructibus, & omni causa, ac sarciendum damnum levi etiam culpa venditoris illatum. Quod si quid in re singulari jactarit venditor, si falsum compertum id fuerit, liberum emptori erit, aut redhibitoria, aut actione quanti minoris agere, quarum illa, re restituta cum omni causa, pretium accipiet; hac vero tantum de pretio sibi restitui postulabit, quanti minoris æstimata res fuerit *l.* 18. *princ. ff. de Ædil. edict.* Redhibitoriæ instituendæ sex menses utiles, actioni quanti minoris annum utilem Ædilis edicto suo præfinivit *l.* 19. §. 6. *ff. eod.* Vicissim actio venditi post rei traditionem venditori datur adversus emptorem, ejusve heredes ad solvendum pretium, & usuras etiam a tempore moræ, atque omnimodam indemnitatem ex æquo, & bono præstandam, ut ad hanc rubricam passim monent interpretes.

AD TITULUM XXIV.

Excursus singularis.

De censu consignativo, seu annuorum redituum emptione.

Singularis quædam venditionis species in Provinciis Christianis invaluit, quæ *census consignativus* a pragmaticis dici solet, & vulgatiori vocabulo *redituum annuorum emptio*. Ejus initiis calumniam aggressi sunt facere Salmasius, & Mo-

 linæus.

linæus. Uterque enim ejusmodi contractum per Pontifices excogitatum statuit, ut, proscripto apud Christianos usurarum invidioso nomine, fœnebris pravitas mutato vocabulo retineretur, ac per annuorum redituum emptionem fraus legibus impune fieret, quæ fœnebre malum coercuissent. Verum primo census consignativus, cum pura puta sit fructuum alienorum emptio, fœneraticius existimari nequit. Deinde neque illud admitti debet, hunc contractum primos excogitasse Pontifices, cum in eorum constitutionibus memoretur tamquam vulgo receptus. Quin a vero non videntur abludere, qui censum consignativum ipso Justiniani ævo antiquiorem credunt. Sane in novella 161. a fœnore distinguuntur annui reditus, qui Aphrodisiensium Reipublicæ solvebantur ob pecuniam ab ea collocatam. Eum vero contractum, quo a communi Aphrodisiensium annui reditus coempti fuerant, a fœnore fuisse diversum vel inde probes, quod ibi statuit Imperator, ne a sortis restituendæ necessitate immunes debitores forent, licet ex solutione redituum duplum sortis ad Rempublicam Aphrodisiensium rediisset. Pridem enim Justinianus ipse constituerat, ut, si duplum sortis solutum per usuras esset, sors ipsa repeti ultra non posset *novell.* 121. ut monet Molinæus ipse *de usur. n.* 47. Sed quæcumque hujus contractus incunabula fuerint, duo potissimum eum a fœnebri pravitate purgant. Primo enim pecuniam fœnori datam debitor restituere cogitur sive post tempus ab initio constitutum, sive ubi creditori placuerit *l. 9. princ. ff. de reb. cred.* Secus in censu est; neque enim, ut infra liquebit, si reditus solvantur annui, ad restituendam sortem invitus debitor astrin-

astringi potest. Deinde in fœnore sors nunquam fœneratori perit, licet debitor bonis exciderit, ejusque facultates perierint omnes. Contra in annuorum redituum emptione, re censui supposita pereunte, debitor liberatur, neque ex aliis rebus suis reditus annuos præstare cogitur, nisi eæ quoque obligatæ dicantur. Vid. Roderic. *de redit.* 1. *quæst.* 4.

II. Jam vero in Regno Neapolitano, ut passim in Provinciis Christianis alibi, census consignativus diu fluctuarat olim, ejusque jus incertissimum. De ejus etiam justitia non idem fortasse placebat omnibus. Cum tamen increbesceret is contractus in dies, ad omnem scrupulum ex suorum populorum animis evellendum Alphonsus Aragonius anno 1451. accuratius re perpensa, cum Nicolao V. Romano Pontifice serio egit, ut rem omnem auctoritate sua æquius melius definiret. Occasionem lubenter amplexus est Pontifex. Honestissimum videbatur enim, se in alienis Provinciis de civili negotio legem ferre, & aliunde non dedecebat, Christianæ Reipublicæ Magistrum optimum maximum sententiam ipsum dicere, quatenus is contractus justus existimandus esset. Lata igitur a Pontifice ea de re constitutio, eamque, quia æquissima visa, inter Regni leges recipi jussit Alphonsus *pragm.*1.*de censib.* ubi & ipsa Pontificis constitutio affertur, & auctoritate Regia confirmatur.

III. Porro cum Pontificiam de censu constitutionem in Regno Alphonsus servandam edixerit, inde definiendum, quibus legibus apud nos fieri annuorum redituum emptiones oporteat. In eis autem ineundis quatuor præscripta potissimum Pontifex servari jussit. Primo scilicet ad labem fœnebrem

præcavendam emptionis, non vero mutui contrahendi conſilium contrahentes ſovere juſſit. Deinde cenſum imponi præcepit in re frugifera immobili, quæve jure immobilium cenſeretur. Tertio de redimendo pactum pro debitoris lubitu cenſui ineſſe voluit. Denique diſerte cavit, ne ultra decem pro ſingulis centenis exigi in annuorum redituum emptione poſſent. Cum tamen ea conſtitutio ſcripta foret, quo tempore rarior erat in Europa pecunia, poſtremum hoc neque in Regno, neque uſquam alibi ſervatur hodie. Cum enim ob ingentem auri vim in Europam advectam pecuniæ pretium mire decreverit, ut in Regno alias quatuor, aut quinque pro centenis pecuniæ interuſurium æſtimatur, ita ob annuorum redituum emptionem ultra trientem, aut quincuncem hodie præſtari vix ſolet. Si major quantitas in ejuſmodi emptionibus promiſſa fuerit, Sacrum Conſilium interpellatum, prout æquius melius videbitur, eam intra modum commodo temperamento redigit. Ut tamen frequentiores ea de re lites porro præcaverentur, Marchio Citus S.C. Præſes providentiſſimus a Sacri Conſilii patribus univerſis anno 1770. ſententiam dici curavit, intra quem modum in annuis reditibus uſuræ coercendæ generatim eſſent. Dicta ſententia in commune fuit, eadem tamen nondum per Auguſtiſſimum Principem confirmata.

IV. Ex dictis hactenus cenſus conſignativus haud incommode definiri queat *quæſitum pecunia jus percipiendi annuos reditus ex re alterius frugifera, aut quæ pro frugifera habeatur, quod, reſtituta pecunia ad lubitum debitoris, intercidit*. Cenſus igitur non tantum ſuper prædiis recte conſtituetur, ſed ſuper rebus etiam, quæ immobilium jure cen-

censentur: ejusmodi sunt pistrina seu mulis, seu aqua circumacta, perpetua familiarum officia, jurisdictiones, &, ut omittam alia, *arrendamenta*, quae vocant. Vid. Aulis. *de cens. in coroll. ad c.* 13. Ubi ubi autem census constituatur, is quidem a doctoribus non uno modo dividitur. Primo enim, prout reditus promittuntur in pecunia, aut in speciebus, vulgo censum divisere doctores in *pecuniarium*, & *fructuarium*. Quod si quota pars fructuum in censu constituendo promissa fuerit, census appellatur *incertus*, cum incertum sua sponte sit, quot fructus singulis annis ex fundo percipiantur.

V. Rursus census consignativus dividi vulgo solet in *perpetuum*, & *vitalicium*. Perpetuus erit, si perpetuo debitor fructus solvere adigatur, eaque obligatione non liberetur, donec accepta pecunia restituta fuerit. Quo quidem casu, licet ob longam annorum seriem duplum accepti pretii solutum dicatur, numquam ejus restituendi obligatio perimetur. Id enim de foenore tantum Justinianus cavit, non vero de annuorum redituum emptione *novell.* 121. *&* 161. Contra census vitalicius appellatur, qui ad vitam emptoris, aut venditoris conveniri solet. Cum igitur ad alterutrius contrahentis vitam is census conveniri soleat, eo mortuo, ad cujus vitam promissus is fuerit, census obligatio perimetur, neque acceptum ab initio pretium heredibus, aut ab heredibus restituendum erit. Ita quidem si quis mihi centum ea lege persolverit, ut quamdiu is vivat, decem ei praestem annua, eo mortuo, & statim census extinguitur, & ejus heredibus centum semel accepta restituere non cogor. Census autem vitalicius municipali

 jure

jure non improbatur *pragm. 2. de cenſib.* Cum tamen ob pecuniam ita collocatam ſanguinolenti cenſus increbuiſſent in Regno, & uſque ad viginti annua pro quibuſque centenis ſibi quidam ſtipularentur cum venditorum exitio, malo occurrendum cenſuit Comes de Lemos Neapoli vice ſacra agens ſub auſpiciis Philippi III. lata *d. pragm. 2. de cenſ.* Ea vero cautum, ut in cenſu vitalicio ultra quatuordecim annua in centena ſingula exigere jus non eſſet. Verum hodie ob auctam in Regno pecuniam cenſus vitalicii conſtitui apud nos vulgo ſolent non ultra decem in centena ſingula, ut rerum periti norunt. Quod ſi cenſum vitalicium ſibi comparatum alienare quis velit, pretium æſtimari debet ex *l. 68. ff. ad leg. Falcid.* Computatis igitur alienantis annis ex Juriſconſulti regula, tantum pretii nomine ei perſolvetur, quantum victurus is in jure præſumitur. Nimirum a prima ætate uſque ad annum trigeſimum computatio annorum triginta fiet; ab annis vero triginta tot annorum computatio inibitur, quot ad annum ſexageſimum deſunt. Poſt annos vero ſexaginta tantum quinque annorum computatio fiet. Vid. Æmilium Macrum *in d. l. 68. ad leg. Falcid.* Si igitur a quinquagenario aliquo cenſus vitalicius vendatur, unde decem annua ei redeunt, centum juſtum pretium cenſeri debet. Quod ſi maritus vitalicium cenſum in dotem acceperit, perceptos ex cenſu fructus, ſoluto matrimonio, reſtituere non cogitur. Sane jure civili alias ſi dotis nomine uſusfructus ſit viro traditus, ſoluto matrimonio, ex perceptis fructibus nihil repeti poteſt a viro, cum ii pro ſuſtinendis matrimonii oneribus credantur impenſi *l. cum in fundo. ff. de jur. dot.*

IV. De-

VI. Denique census dividi etiam vulgo solet in *realem*, & *personalem*. Realis autem census erit, ubi super re aliqua frugifera constitutus fuerit, qua quidem pereunte census extinguitur, nisi quæ res aliæ in census securitatem obligatæ creditori fuerint. Contra personalis est census, si ei præstando ipsa persona se obligarit; quo sane casu non ex rei fructibus, sed ex ipsius personæ laboribus censum exolvi oportebit. Verum ob Nicolai V. constitutionem in Regno rite receptam census personalis apud nos censetur illicitus. Ibi enim a Pontifice diserte cautum, ut censui supponi possent tantum res frugiferæ, seu ejusmodi sua sponte forent, seu ex instituto civili frugiferæ censerentur. Quin, si recte rationes ineas, non solum legi Pontificiæ, sed juri etiam naturali adversari videtur, ut quis in laboribus suis alteri censum annuum, menstruumve constituat. Neque enim certum per naturam est, an quis ex laboribus suis tantum sit percepturus, ut id & vitæ tolerandæ, & census oneri ferundo sufficiat. Neque regeras, jus non absimile in servis recte constitui. Id enim jure civili licet, quia dominorum respectu servi non personæ, sed res censebantur. Alias, ipsa subtilitate juris civilis inspecta, ut homo liber se venumdare nequit, ita & in persona sua censum constituere vetatur: & census enim non secus, ac venditio, alienationis est species. Quæ tamen dixi, tantum obtinere crediderim, si ex laboribus exolvi censum oporteat. Alias, si a Pontificio jure discesseris, census personalis juri naturali non adversatur, si censui persona supposita sit aliquo modo frugifera, vel quia bona habeat, unde census exolvi possit, vel quia ex ejus indu-

industria emolumenta certiora redeant. Vid. Domin. Aulis. *de censib. c.* 2. §. 4.

VII. Porro, ut in contractibus alias, quas leges volunt, recte sibi contrahentes dicunt, ita in censu etiam constituendo quævis apponere pacta licet, modo & ejus substantia salva retineatur, neque quid contra leges seu civiles, seu naturales pacti sint contrahentes. Nihil igitur impedimento erit, quominus in contrahendo censu ita conveniatur, ut vel exacto anno tota ejus pensio præstetur, vel quolibet trimestri quadrans. Illud tamen addubitari queat, an in censu pacisci liceat, ut pecuniæ, fructuumve solutio repræsentetur, ita ut, incipientibus singulis quibusque annis, eorumque exitu non expectato, statim a cujusque initio solutio fiat. Id quidem a Pio V. diserte vetitum *in bull. cum onus Apostolicæ*. Cum tamen hic in negotio civili versemur, & per Principes Neapolitanos Pii V. constitutio rite recepta non fuerit, non temere pactio damnari debet, qua in censu solutiones repræsentari placuerit. Primo enim interesse putarim, utrum in pecunia, an in ipsis frugibus census sit constitutus. Deinde, si in frugibus constitutus sit census, caute distinguendum existimarim, utrum per taxationem a certo fundo nascituri fructus promissi fuerint, an generatim quicumque fructus promissi dicantur. Principio si in pecunia numerata promissus sit census, generatim quidem illicitum pronunciandum videtur ei pactum appositum, ut solutio pecuniæ repræsentari debeat. Summa enim videtur injuria, ut quis solvere adigatur, antequam dies solutionis veniat, & aliunde vulgatum est in jure illud, plus quidem solvi, si ante tempus solvatur §. 33. *instit. de act.* Contra

tra si ob id incommodum a debitore susceptum majus in censu pretium solutum ab emptore fuerit, nihil obstare videtur, cur ejusmodi pactum servari non debeat. Quod si in fructibus ipsis census sit constitutus, & ex certo prædio percipiendæ fruges per taxationem promissæ fuerint, illicitum pactum videtur, quo fructuum solutionem repræsentari convenerit. Fieri enim potest, ut spem seges mentiatur, qua quidem in specie fructus numquam percipiendi injuste præstarentur emptori. Verum si qui fructus generatim promissi fuerint, non injuste fructuum repræsentationem sibi stipulatur emptor, si ob repræsentandos fructus majus in censu pretium sit ab emptore solutum. Confer Aulis. *de cens. c. 6.* §. 1.

VIII. Jam supra monuimus, pro debitoris lubitu, restituto pretio, redimi posse censum. Id ipsum tamen Nicolaus V. creditori licere noluit. Proinde licet diserte convenerint contrahentes, ut pro lubitu a creditore possit pecunia soluta repeti, id quidem pactum tamquam adversus jus initum, ratum haberi non debet. Opportune tamen hic quæritur, an *commissi pactum* in censu constituendo recte censeatur adjectum. Ejusmodi pactum in censu dicetur appositum, si census resolvi conveniatur, ubi intra certum tempus annua præstatio soluta non fuerit. Cum census a venditione non distet, & lex commissoria in venditione non improbetur, commissi etiam pactum in censu non videtur illicitum. Quemadmodum igitur recte venditio ea sub lege contrahitur, ut, intra certum tempus pretio non soluto, res sit inempta *tot. tit. ff. de leg. commiss.* ita, si censum resolvi placuerit intra certum tempus fructibus non solutis, stipula-

pulatione commissa, census resolutio pro lubitu peti a creditore poterit de Marin. *resol.* 1. 195. *n.*15. Æquitas etiam ipsa suadet, ut census resolutio emptori denegari nequeat, si res, cujus fructus sint venditi, falso sit afferta libera, ubi ea aliis præstationibus comperta fuerit obnoxia. Quin in ea specie stellionatus crimine videtur irretiri venditor: proinde adversus eum ipsa etiam instrumenti liquidatio potest institui. Verum si novo, & veteri censui sustinendo res obligata sufficiat, census resolutio frustra postulabitur: multo minus igitur in ea specie instrumenti liquidatio urgeri poterit, ut recte advertit de Marin. *loc. cit. n.* 17. At vero pactum de rescindendo censu in commissi casum ratum censeri debet, si censui perpetuo fuerit appositum: neque enim id ipsum pacisci licet in censu vitalicio, ne ingentiori jactura venditor afficiatur restituenda pecunia, cujus graviores usuras exolverit. Atque ita in ea re a Sacro Consilio sæpius judicatum testatur Tapia *in adnotat. ad pragm.* 2. *de cens.* Verum, si a vitalicio censu discesseris, in aliis censibus lex commissoria non tantum est licita, sed omissa etiam in censu tacite continetur: alias inutilis pecunia creditori foret. Vid. de Marin. *resol.* 2. 163.

IX. Illud quæsitum hic video, an in censu creditor pacisci queat, ut a moroso debitore sibi præstetur, quanti interest, moram admissam non esse, lucrum cessans scilicet, & damnum emergens, si debitor in præstandis fructibus moram admiserit. Pacta quidem isthæc in annuorum redituum emptione ad præcavendas fraudes diserte prohibuit Pius V. *in const. cum onus Apostolicæ.* Cum tamen constitutio isthæc in Regno rite recepta non fuerit, ex ipsa rei natura definiendum, an

an in hoc contractu id pacisci liceat. Si naturalem æquitatem inspicias, ut in ceteris contractibus lucrum cessans, aut damnum emergens ob alterutrius contrahentis moram promitti potest, ita in censu etiam pactio isthæc non videtur illicita. Neque regeras, hoc semel admisso, usuras usurarum creditorem sibi pacisci videri. Cum enim sors ipsa sit creditori demortua, eamque semel in censu constituendo solutam repetere prohibeatur, reditus ipsi annui videntur principale debitum, non vero partus mutuo sumpti, ut usuræ alias. Proinde, quod ob retardatam redituum solutionem sibi creditor stipulatur, in vitium anatocismi non cadit. Confer de Marin. *resolut.* 1. 199. Verum, licet probabiliter disserantur isthæc, in Regno tamen Neapolitano ita hodie receptum jus est, ut ob retardatas redituum solutiones lucrum cessans, aut damnum emergens frustra sibi creditor stipuletur Marcian. 2. *disp.* 59. Id ita receptum is docet, quia lucrum cessans, aut damnum emergens officio judicis exigi dicitur *in l.* 13. *C. de action. empt.* officio autem judicis pactione sua contrahentes præjudicium creare non oportere. Id tamen, ne quid dissimulem, inepte dictum videtur. Neque enim quidquam impedimento est, quominus contrahentium etiam pactionibus promittatur, quod sua sponte officio judicis peti potest. Ceterum, an officio judicis lucrum cessans, ac damnum ob retardatam redituum solutionem emergens peti in Regno possit, pragmatici non conveniunt. Id quidem apud nos recte peti contendit de Marinis *resol.* 1. 199. eamque sententiam non solum auctoritate doctorum, sed rebus etiam judicatis tuetur. Contrarium tamen Rovito visum, & ipse res judicatas affert

decis. 9.

decis. 9. Præses etiam de Franchis aperte testatur, suo ævo Sacrum Consilium perpetuo denegasse lucri cessantis, aut damni emergentis condictionem ob annuos reditus suo tempore non solutos *decis.* 254. *n.* 14. eamque sententiam in foro hodie vigere video. Quæ cum ita sint, potius accessio, quam principale debitum, annui reditus apud nos videri debent.

X. Censum rite constitutum quædam sequuntur onera seu publica, seu privata. Publica dicuntur onera functiones, seu tributa, quæ fisco solvuntur. Privata sunt onera sportulæ tabellionibus præstari solitæ, & parariorum proxenetica. Pius V. *in d. const. cum onus Apostolicæ*. generatim pacisci vetuit, ne in censu onera præstarentur ab eis, ad quos de jure non pertinerent. Licet autem, ut sæpe monuimus, ea constitutio apud nos rite recepta non fuerit, id caput tamen repudiari non debet, cum præstationes onerum eos ferre jubeat, qui ad eas adiguntur ex præscripto legum. Videndum igitur, ad utrum contrahentem prædicta onera in censu pertineant seu ex jure civili, seu ex recepta in Regno consuetudine. Publicarum functionum gravamen, ut & fructuum emolumentum, ad emptorem pertinere dicitur *in l.* 13. *de act. empt.* Cum igitur, constituto censu, creditor locum emptoris sustineat, onera generatim omnia eum sequuntur. Hinc ex vetustissima Regni consuetudine *collectarum*, & *bonatenentiæ* onera a creditoribus apud nos sustinentur. (Collectas solvunt provinciales homines, bonatenentiam ob res in Provinciis constitutas præstant Neapolitani cives). Id autem adeo certi juris apud nos est, ut ne secus quidem pacisci liceat Sansel. *decis.* 121. Licet

autem

autem Neapolitani cives singularibus privilegiis beneficio Regum nostrorum utantur, ut constat præsertim ex *pragm. sub tit. de immunit. Neapolit.* numquam tamen a necessitate bonatenentiæ sunt exempti seu ob prædia in Provinciis, seu ob annuos reditus ibi coemptos. Vid. Rovit. ad *pragm.* 4. *de immun. Neapolit.* Verum hodie ex *continuatione instructionum pro formatione catasti part.* 1. *n.* 18. eo jure Neapolitani utuntur, ut ob prædia quidem in Provinciis sita bonatenentiam solvant, neutiquam vero ob census cum universitatibus Regni contractos. Generatim alias, censu constituto, onera seu publica, seu privata creditores sustinere debent. Hinc & tabellionibus mercedes ob instrumenta confecta, & proxenetis hermeneuticon ab emptoribus solvi debent. Vid. Rovit. ad *pragm.* 1. *de cens. n.* 5.

XI. Jure communi adversus tertium possessorem rei hypothecæ suppositæ hypothecariam instituere non licet, nisi principalis debitor fuerit excussus *novell.* 4. *c.* 2. unde *authent. hos si debitor, C. de pign. & hypoth.* Verum in Regno ex interpretatione *pragm.* 1. *de cens.* redituum ex censu petendorum caussa paratam exequutionem realem, & personalem creditor habet non tantum adversus debitorem ipsum, sed & contra tertium rei possessorem Rovit. ad *d. pragm.* 1. *de cens. n.* 20. Falso autem id apud nos quidam docuerunt receptum, quia proficiscens ex censu actio in rem scripta censeri debet. Primo enim, ut liquebit alias, actio in rem scripta non ex contractu, sed ex delicto competit. Deinde in rem scripta actio in rem ipsam, non contra personam accommodatur. Atqui censualis actio contra personam ipsam instituitur. Vid. Domin. Aulis. *de censib. c.* 7.

Super-

Supereſt igitur, ut dicamus, cenſualem actionem apud nos ita receptam contra juris regulas invaluiſſe. Actionem autem ex cenſu proficiſcentem qualibet exceptione eludi vetat *d. pragm.* 1. *de cenſ.* Recte tamen monuerunt interpretes, id quidem admitti oportere de exceptionibus illiquidis, & quæ in promptu probari nequeant. Si enim exceptio ſit liquida, & in promptu probari queat, ea ſe reus tueri non prohibetur. Ita quidem adverſus creditorem non ſolum exceptio non numeratæ pecuniæ opponi poteſt, ſed compenſationis etiam, & ſi quas alias æquitas admitti ſuaſerit. Sane ſi cenſus cauſa a te centum accepero, ſi aliunde mihi te centum debere liquido conſtet, mihi compenſationis exceptio denegari non debet Afflict. *deciſ.* 121. *&* 381. Generatim enim omnis exceptio, quæ in continenti probari queat, liquidationem impedit, & cuſtodiæ reum mancipari non patitur Caravit. ad *rit.* 166. *n.* 46. de Marin. *reſol.* 1. 199. *n.* 14. Rovit. ad *d. pragm. n.* 24.

XII. Cenſus autem rite conſtitutus non uno modo perimitur. Primo enim, cum reſtitutione ſortis pro lubitu debitor rem cenſui ſuppoſitam redimere queat, reſtituta ab eo pecunia, ſtatim cenſus extinguitur. Licet autem cenſus rerum immobilium jure cenſeatur, in eo reſolvendo tamen ſolemnia non requiruntur, quæ in rebus immobilibus alienandis jura præſcribunt. Hinc licet alias res pupillorum immobiles alienari nequeant, niſi decretum interponatur a judice, *expedire pupillo alienationem iniri*, ſine prædicto decreto tamen recte reſtituetur pecunia ex cenſu pupillo debita. Neque enim neceſſarium decretum eſt judicis in eo actu, quem pupillus juris neceſſitate ſuſtinet

l. 3.

l. 3. §. 1. *ff. de reb. eor. qui sub tutel.* Rursus cum census onus reale sit, & rem ipsam afficiat, re subjecta censui pereunte, census omnino perimitur; idque & Pius V. constitutione sua præscripsit, & ipsa census natura flagitat. Hinc si domus censita corruat, censuique supposita vinea exarescat, ab onere solvendi census debitor liberatur. Id autem adeo verum est, ut si diruta domus reficiatur, census semel extinctus, domo restituta, non convalescat. In eam sententiam recte trahas *l.* 10. §. 7. *ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* Ibi enim Ulpianus scribit, dissoluta navi, aut corruente domo, in quibus constitutus sit ususfructus, usumfructum semel peremptum frustra peti, licet iisdem tabulis, aut lapidibus, navis, aut domus restituta dicatur. Inter usumfructum tamen, & censum interest. Si enim domus collapsa fuerit, ut advertimus alias, ne areæ quidem ususfructus recte petetur. Cum tamen census non minus in ædificio, quam in solo etiam constitutus intelligatur, collapsa domo, census non omnino perimitur, sed ipsa area onere census non liberatur. Census igitur consistet adhuc saltem ad soli pretium. Ita enim in censu receptum jus est, ut, siquidem res omnino pereat, census penitus extinguatur; sin res pro parte perierit, quod ex ea superest, obnoxium censui maneat, cum singulæ rei partes eo contractu obligentur. Vid. Aulis. *de cens. cap.* 8. *n.* 3. & Leotard. *quæst.* 57. At vero si res censita per unum, aut plures annos sterilescat, integri reditus solvi creditori debent. Cum enim in dominio debitoris res censui subjectæ maneant, temporale periculum debitoris erit, & aliunde unius anni sterilitas fertilitate alterius pensari solet. Eo accedit, quod census solutio

conditionem non habet, si fructus nascantur, ut recte statuit Leotardus *d. quæst.* 57. *n.* 19. Denique census extinguitur, si deductum apud Sacrum Consilium patrimonium a debitore fuerit. Id inde manavit, quod patrimonio deducto, & *graduatione*, quam vocant, creditorum facta, nova debita per debitorem contrahi prohibentur. Cum igitur, ut supra vidimus, compluribus doctoribus placuisset, ob retardatam redituum solutionem præter reditus ipsos lucrum etiam cessans, & damnum emergens a debitore præstandum esse, ne quando ob retardatam redituum solutionem nova debita in patrimonio orirentur, pragmatici docuerunt, deducto patrimonio, ipsum censum extingui oportere; quod autem ad sortis usque restitutionem creditori solveretur, non annuorum redituum titulo, sed causa lucri cessantis, aut damni emergentis ei præstandum. Verum hodie, cum ex recepta fori sententia ob retardatam redituum solutionem repeti interesse nequeat, & aliunde ad rationem annuorum redituum, quod interest, computari soleat, nullius effectus in jure Neapolitano est pragmaticorum scitum, quo per patrimonii deductionem censum perimi statuerunt.

T I T U L U S XXV.

De locatione conductione.

Altera contractuum species, qui solo consensu perficiuntur, *locatio conductio* dicitur. Ea id agitur, ut pro innoxio rei alienæ usu, aut personæ opera certa merces præstetur. Cum igitur, re locata, tantum innoxius ejus usus pro tempore

re præstituto transferatur in conductorem, id potissimum inter emptionem, & conductionem interest, quod conductio titulus sit temporalis, emptio vero plerumque perpetuus. Rursus cum tantum usus, non dominium transferatur in conductorem, ac sine dominio, aut animo saltem possidendi pro domino civilis possessio intelligi nequeat, ne civiliter quidem res conducta possidetur a conductore. Hinc conductor possidet quidem, sed alieno nomine. Proinde tantum in possessione is esse dicitur *l. 9. ff. de rei vindic.* Quod tamen dixi, nudum rei usum in conductione transferri, perpetuum existimari non debet. Aliquando enim depositi irregularis exemplo ipsum quoque dominium per locationem transfertur in conductorem. Hinc recte scribit Alfenus *in l. 31. princ. ff. locat. conduct.* rerum locatarum genera duo esse: alias ita locari, ut in specie restituantur; alias ita locari, ut restituantur in genere: in superiori causa res locatas domini remanere; in posteriori potius in creditum iri. Quod enim & hodie apud nos fieri solet, Romani prædia rustica locaturi non tantum prædia ipsa locabant, sed pecora quoque, & omne rusticum instrumentum. Id autem ubi fieret, pecoris & instrumenti rustici non nudus usus, sed ipsum quoque dominium transibat in conductorem. Ut enim observat Pomponius *in l. 3. ff. eod.* cum fundus locatur, & æstimatum instrumentum colono traditur, instrumentum a colono videtur emptum. Inde igitur locationis divisio in *regularem*, & *irregularem*; per hanc ipsum dominium, per illam nudus usus transfertur in conductorem.

II. Non res tantum, sed operas personæ quoque in locationem venire diximus. Id tamen in-

ter rerum, & operarum locationem intereſt, quod in locatione rerum locator perpetuo dicitur, qui rem ſuam utendam alteri certa mercede tradit; conductor, qui eam utendam accipit. Verum in operarum locatione idem diverſo reſpectu locator eſt, & conductor. Qui enim ob opus faciendum operas ſuas locat, locator operarum dicitur, quatenus operam ſuam alteri locat; idem & conductor operis appellatur, quatenus alienum opus faciendum conducit; quemadmodum & qui mercedem ob opus faciendum præſtat, conductor eſt quidem alienæ operæ, operis vero locator. Vid. *l. 9.* §. 7. *& l.22.* §. 2. *ff. eod.* & Cujacium *obſervat.2.28.* Ne autem diverſa vocabula negotium cui faceſſant, qui agros conducit, *colonus*, qui ædes, *inquilinus*, qui vectigalia, *publicanus* dicitur, quemadmodum &, qui alienum opus faciendum conduceret, *redemptorem* veteres appellarunt. Ceterum ſeu rerum, ſeu operarum conductio fiat, ſine certa mercede conſiſtere ea nequit. Proinde ſi polienda fulloni veſtimenta tradas poſtea daturus, quantum æquum videbitur, is quidem contractus innominatus *do*, *ut facias*, neutiquam locatio conductio videri debet. Quapropter ad pecuniam repetendam non locati conducti, ſed præſcriptis verbis actio fulloni competet §. 1. *h. t.*

III. Jam vero in præſenti rubrica Tribonianus id unum adlaborare videtur, ut ſimilitudinem, maximam eam quidem, inter locationem, & venditionem oſtendat. Sane ſeu ipſam conventionem ſpectes, ſeu rem, quæ locatur, ſeu mercedem denique in locatione pactam, iiſdem fere regulis locatio, & venditio regitur. Primo enim, quod ad conventionem ipſam, uterque contractus eſt juris

juris Gentium, & bonæ fidei §. 28. *instit. de act.* Venditionis exemplo quoque locatio solo consensu perficitur, nisi placuerit, ut sine scriptura perfecta non intelligatur *princ. h. t.* Deinde, quod ad res, quæ locantur, generatim etiam affirmari potest, locationem admittere res generatim omnes, quæ vendi non prohibentur *l.* 13. *ff. locat. conduct.* Quæ etiam re vendita sequuntur emptorem, eadem & ad conductorem, re locata, pertinent. Si quid igitur rei locatæ hæreat, & ad ejus usum sit comparatum, conductori denegari non debet. Vid. Ulricum Huberum *in prælect. h. t.* §. 2. Quod ad mercedem denique, quemadmodum in venditione pretium in arbitrium certæ personæ remitti potest, cum ejusdem etiam juris effectu in alienum arbitrium remitti poterit in locatione merces §. 1. *h. t.* Eo accedit, quod, certa esse debet in locatione merces, quemadmodum certum in venditione pretium *d.* §. 1. *h. t.* Quemadmodum etiam permutatione rerum venditio fieri non potest, ita per mutuum rerum usum locatio frustra contrahitur. Hinc si vicini duo unum singuli bovem habentes junctis bobus alternis diebus arent, si apud alterum alterius bos perierit, non ex locato conducto, sed præscriptis verbis agendum erit. Verum utriusque contractus similitudinem inde potissimum Tribonianus infert, quod quibusdam in casibus addubitavere veteres, num locatio conductio, an emptio venditio contracta videretur. Id primum de emphyteusi narrat, de qua infra sigillatim pluscula: deinde de eo, qui cum aurifice pactus esset, ut ipsius aurificis auro annuli ei fierent. Ea enim in specie Cassius existimavit, materiæ quidem emptionem, operæ

vero ab aurifice præstitæ conductionem esse §. 4. *h. t.* Verum rectius censuerunt alii, in proposita specie tantum venditionem iniri ex recepta Sabini regula *in l.* 20. *ff. de contrah. empt.* nullam scilicet esse posse locationem, quoties corpus ipsum non datum ab eo foret, cui novam speciem fieri placuisset. Vid.doct. ad *d.* §.4. *h. t.* Cum igitur tanta similitudo sit inter conductionem, & emptionem, mirum videri non debet, si in conductione quoque locum invenerit *l.* 2. *C. de rescind. vendit.*

IV. Porro ex regulis Romani juris, quo utuntur in ea re hodie Regni Provinciæ, si quid conductis ædibus inquilinus adjiciat, ex conducto actione tollere conductori licet, quod a se fuerit adjectum, modo in auferendis adjectis deterior domus causa non fiat, ejusque pristina facies non immutetur *l.* 19. §. 4. *ff. locat. conduct.* De prædii rustici conductore tamen idem definitum haud memini. Proinde a vero non videtur abludere, si quid in prædio rustico per colonum implantatum esset, id ei tollere non licuisse ex juris recepta regula, in alieno scienter implantatam arborem ad soli dominum pertinere *l.* 7. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* Verum quocumque in ea re jure veteres usi fuerint, per consuetudines Neapolitanas invaluit, ut prædio adjecta seu rustico, seu urbano, finita conductione, auferre conductori non liceat *consuet. si quis conduxerit. de locat. conduct.* Id fortasse receptum apud nostrates fuit, ne quid extruendo, implantando, quoquo modo deterius domino prædium redderetur. Si quid igitur voluptatis, aut utilitatis causa inquilinus inædificarit, refeceritve, neque adjecta tollere poterit, neque impensas repetere. Quod si qua in conductis ædibus necessaria

refe-

refectione sit opus, Neapolitanæ consuetudines rem domino nunciari jubent. Si nunciatus dominus ultra dies quindecim necessariam refectionem proferat, pecunia sua inquilinus eam perficere non prohibetur; quod autem eo nomine a se fuerit expensum, ex mercedibus retinere poterit *d. consuet. si quis conduxerit. eod.* Quod si conductis ædibus incommodum superveniat, quod reparari nequeat, veluti si, ædificante vicino, luminibus officiatur, integrum inquilino erit, vel domum relinquere, vel mercedis etiam remissionem petere, si ibidem habitare malit *l. 25. §. 2. ff. eod.* Ceterum si, non nunciato domino, necessario quid restitutum in domo fuerit, ipsas impensas necessarias ex mercedibus inquilinus retinere non potest. Verum ex recepta fori sententia, si mercedum depositum inquilinus facere occuparit, tunc & parata adversus eum exequutio impedietur, & officio judicis, quod necessario fuerit impensum, facile consequetur, ut observat de Rosa ad *d. consuet. num. 3.*

V. Porro locationis tempus ab ipsis contrahentibus præfiniri solet. Quod si in longissimum tempus locationem extendi placuerit, cujuscumque temporis accessio contractus naturam haud mutat *l. 39. ff. eod.* Ceterum si finito conductionis tempore in fundo pergat conductor esse, idque dominus patiatur, tacita reconductio facta videbitur, ac, si quæ ab initio intercesserint mercedum causa, hypothecæ durant *l. 13. §. 11. ff. eod.* Ea in re tamen inter rustica, & urbana prædia apud Romanos olim intererat. Si enim quæstio incideret de tacitæ reconductionis tempore, in prædio quidem rustico in anni tempus reconductio facta censebatur, modo

ne ipsa natura prædii aliud suaderet. Licet igitur per lustrum ipsum priorem conductionem durare placuisset, ultra anni tempus reconductio facta non credebatur. Verum in urbanis prædiis eatenus quis tenebatur, quatenus inhabitasset. Si igitur per annum conductio facta foret, integrum inquilino erat, post mensem decimum tertium a reconductione recedere *d. l.* 13. §. 11. *ff. eod.* Verum ex nostrorum temporum æquitate prædiorum etiam urbanorum tacita reconductio in annum facta censetur, ne damno dominus afficiatur, si pro lubitu ædes reconductas deserat inquilinus. In Regno autem, & in principe etiam Regni urbe eo jure utimur, ut tacita reconductio facta censeatur, nisi intra legitimum tempus contrariam animi sui sententiam contrahentes declarent *consuet. sed si fundum. eod.* Legitima autem in Regno denunciatio facta censetur, si quatuor mensibus ante finitam conductionem fiat. Cum igitur mense Augusto expirare soleant prædiorum in Regno conductiones, mense Majo denunciatio fieri debet. Sed in hac principe Regni urbe quarto nonas Maii conductiones ædium finiuntur, & mense Decembri denunciatio fieri debet *pragm.* 3. *de locat. conduct.* Verum ex recepta consuetudine decimo octavo die Januarii inquilinis hodie animi sui sententiam declarare licet. Ceterum jure communi tantum conductores prædiorum fiscalium novis conductoribus præferuntur, si facta per eos augmenta suscipiant *l. congruit.C.de locat.præd. civil.* in privatis vero locationibus conductores frustra præferri desiderant, si eis in tempore sententiam suam dominus declararit. Vide de Franch. *decis.* 406. Ut igitur, exacto conductionis tempore, inviti

viti conductores in conductione retineri nequeunt, ita invitus dominus locationem eis confirmare non cogitur. Atque eo quidem jure in Regno generatim utimur in prædiis seu rusticis, seu urbanis. Cum tamen in hac principe Regni Urbe novas quærere domos negotium sit longe molestissimum, ne testudinis ritu res suas alio transvectare quotannis inquilini pro locatorum lubitu cogerentur, edicto perpetuo Regis Catholici providentissime cautum, ut Neapoli inquilinos invitos, exacto conductionis tempore, locatores non possent expellere, nisi ob causas in Regio edicto præfinitas.

VI. Ex regula generali contractuum ob locationem conductionem heredibus etiam, & contra heredes actio competit *l. 29. C. de locat. conduct.* Seu igitur temporalis, seu perpetua conductio fuerit, in locationem succedunt heredes, seu sui, seu extranei ii fuerint *l. 10. C. eod.* Atque ea quidem in re inter jus Romanum, & consuetudines Neapolitanas discrimen juvabit advertere. Per Neapolitanas enim consuetudines, si perpetua locatio fuerit, in ea tandem succedent heredes, si liberi fuerint, & ex contrahente descendant. Si enim conductoris heredes ex numero liberorum haud fuerint, a conductione perpetua excluduntur *consuet. unic. qui hered. in locat. succed.* Quod autem locationem conductionem in successores transmitti diximus jure civili, id quidem obtinet, si universi juris sint successores. Si enim de successore singulari agatur, is locationi stare non cogitur, nisi ea lege tradita res ei fuerit, ne a locatione recedat *l. 9. C. eod.* Tantum in venditione sub hasta placuit, ut resilire non posset emptor a locatione per obæratum facta, modo

mer-

mercede minima, & in fraudem creditorum res locata non probaretur *l.* 8. §. 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* Quod si in contrahenda locatione res ipsa hypothecæ supposita conductori fuerit, ea quidem in specie ob jus hypothecæ a re locata conductor per successorem singularem expelli non poterit, ut recte observatum a Bartolo ad *d. l.* 9. *C. de locat. conduct.* Verum enimvero ne rei locatæ alienatione conductori locator, re alienata pro lubitu, detrimentum afferat, adversus locatorem recte conductor aget, quatenus sua interest, rei conductæ per alienationem sibi usum ademptum non esse *l.* 30. *&* 32. *ff. eod.* At vero cum inter conductorem, & successorem singularem nullum negotium intercesserit, ab eo conductor compelli non potest, ut invitus in conductione permaneat, nisi locationis actio in alienatione ei ab emptore sit cessa. Vide Struvium *syntagm. Jurisprud. exerc.* 24. *th.* 27. Illud prope exciderat, jure quidem Romano conductorem non prohiberi, rem conductam alteri locare, modo id non fuerit ad initio diserte prohibitum *l.* 6. *C. eod.* Verum per consuetudines Neapolitanas, invito domino, rem conductam alteri locare non licet *consuet. conductor. de locat. & conduct.*

VII. Jam vero cum ob perceptum ex re usum in locatione merces domino debeatur, si qua vi, cui resisti nequeat, fructus percepti non fuerint, ob mercedem conductor conveniri non potest. Seu igitur publicatum sit prædium, seu chasmate, incendiove perierit, seu ab hostibus sit occupatum, merces eatenus remitti debet, quatenus conductor uti nequiverit *l.* 33. *ff. eod.* Quod si ob sterilitatem percepti fructus haud fuerint, aut vis tem-

pesta-

pestatis colono anni spem interceperit, mercedis quoque remissionem concedi placuit *l.* 15. §. 2. *ff. eod.* Mercedis remissionem *excomputum* pragmatici vocant. Quantum vero esse debeat coloni damnum, ut mercedis remissio peti possit, nusquam in jure aperte definitum, & acerrima in ea re doctorum diffidia. Complures post Bartolum ad *l. fin. C. eod.* ita rationes ineunt, ut si, deductis impensis, percepti fructus dimidium mercedis haud æquent, pro rata remittenda sit merces; sin ii dimidium mercedis excedant, remissio ne pro rata quidem recte petatur, in eamque sententiam trahunt *l.* 2. *C. de rescind. vend.* Id tamen perperam dictum videtur, atque æquitati, & juri adversatur. Primo enim iniquum censeri debet, non perceptis pro parte fructibus, solidam mercedem exigi: deinde aperte definit Ulpianus *in d. l.* 15. exonerationem mercedis pro rata concedendam esse. Proinde ejusmodi controversias boni viri arbitrio definiendas existimarim, qui pro diversis rerum adjunctis de mercedis remissione decernat, ut recte statuit Gail. 2. *observat.* 23. *n.* 1. Ceterum, si modicum coloni sit damnum, aut aliorum annorum fertilitate sterilitas compensari soleat, mercedis remissio frustra postulatur *d. l.* 15. §. 4. *ff. eod.* Ceterum jure civili mercedis remissio denegatur, si casus quoque fortuiti suscepti a conductore fuerint *l.* 9. §. 2. *ff. eod.* Verum pactio isthæc in Regno bonis moribus censetur adversa. Hinc conductoribus etiam, qui ejusmodi beneficio renunciarunt, mercedis remissio concedi solet, saltem si læsio fuerit enormis. At vero fructuum jam perceptorum periculum pertinet ad creditorem. Proinde seu vinum coacuerit, seu

ſeu frumentum in horreo ſit corruptum, mercedis remiſſio peti nequit *d. l.* 15. §. 2. *ff. eod.* In præſenti autem argumento fructus percepti cenſentur, non cum a ſolo ſeparati jam fuerint, ſed ubi fuerint a colono repoſiti. Vid. Carpzovium *p.* 2. *c.* 37. *defin.* 20.

VIII. Denique cum bilateralis contractus ſit locatio conductio, eoque ab initio uterque contrahens obligetur, duæ inde præſto ſunt actiones directæ, quarum altera *locati*, altera *conducti* dicitur. Et actio quidem locati locatori competit adverſus conductorem, ejuſve heredes ad mercedem ſuo tempore non ſolutam cum uſuris quoque ſolvendam, damnum ſarciendum levi etiam culpa conductoris illatum, rem ipſam denique, elapſo conductionis tempore, reſtituendam. Quod ſi, finito conductionis tempore, pertinaciter recuſet rem reſtituere conductor, ac moras uſque nectendo ſententia judicis ad ejus reſtitutionem compelli malit, tamquam invaſor alienæ rei non tantum rem ipſam, ſed ejus etiam æſtimationem præſtare compellitur *l. penult. C. h. t.* Verum, quod ad æſtimationem, a juris rigore deſcitum hodie. Contra conducti actio conductori datur adverſus locatorem, ejuſve heredes non ſolum ad rei uſum præſtandum, impenſaſve in rem locatas neceſſario factas, ſed damnum etiam levi culpa locatoris illatum reſarciendum, & ſi quæ alia ipſius contractus natura ſuadet, ut hic paſſim doctores obſervant.

De

De Emphyteusi.

SI dominus prædium suum utendum fruendum alteri tradat, certa pensione annua in speciebus, aut frugibus sibi retenta, placeatque, ut, quamdiu ea solvatur, colono, ejusque heredibus ad tempus, aut in perpetuum, prædium auferre non liceat, *emphyteusis* contracta dicitur. Græcum origine vocabulum implantationem indigitat, quia, cum inculti agri in emphyteusin plerumque darentur olim, eos implantando, inserendo per colonos meliores reddi oporteret. Licet autem tantum in incultis agris constituta emphyteusis ab initio videatur, ut tamen alias ob civium commoditatem jura solent increscere, ita ob publicam etiam utilitatem non tantum in prædiis rusticis cultioribus, sed in urbanis etiam emphyteusis constitui cœpit. Hinc ædium etiam, & ædificiorum emphyteuticorum in jure mentio *l.* 15. §. 26. *ff. de damn. infect.* Agri autem emphyteutici *vectigales* quoque dicuntur ob vectigal annuum ab emphyteuta præstandum, ut constat ex titulo *ff. si ag. vectig. idest emphyteut. pet.* Vectigal enim apud veteres non solum Reipublicæ, sed privatorum etiam reditus indigitabat. *Non esse emacem, vectigal est*, inquit Cicero *paradox.* 6. 3. & Paulus ipse fundi reditus *vectigal* appellat *sent.* 3. 6. Quin, ut recte videtur observasse Schilterus *exerc.* 16. 66. non ante Constantini tempora *emphyteusis*, & *canonis* vocabula in hunc contractum fuerunt invecta. Utcumque id erit, ita plerumque loquuti sunt veteres, ut sub lege annui canonis traditos a privatis agros *emphyteuticos* dicerent; contra *vectigales* appellarent a Republica, vel municipiis

piis eadem ſub lege traditos *l. 1. ff. ſi ager vectig. ideſt emphyteut. pet.* & alias enim vectigalis vocabulum publicis reditibus indigitandis frequentius accommodarunt. Confer. Petr. Burmann. *de vectig. pop. Rom. c. 1. & ſequ.* Ceterum qui ſub emphyteutica lege a municipiis, vel privatis agros acciperent, verum quidem dominium non acquirebant; jus tamen dominio proximum nanciſcebantur, quod vulgo hodie *dominium utile* doctores appellant. Proinde, quamdiu canonem, ſeu vectigal annuum domino directo ſolverent, ob emphyteuticorum agrorum poſſeſſionem reciperandam non ſolum adverſus invaſores, ſed etiam adverſus ipſa municipia, vel privatos, qui eo jure prædia tradidiſſent, utilem vindicationem inſtituebant *d. l. 1. §. 1. ff. eod.* Hinc tradunt vulgo doctores, agris ea ſub lege traditis, directum dominium penes concedentem eſſe, utile vero in emphyteutam transferri.

II. Jam vero veteres addubitaſſe conſtat, num emphyteuſis venditio, an locatio dicenda foret, cum ex utroque contractu non pauca mutuari videretur. Sane in dicenda ea de re ſententia diſcordes Juriſconſulti ad Zenonem uſque. Is primus auctoritatem ſuam interponens ſingularem contractum emphyteuſin haberi juſſit, & non minus ob emptione, quam a locatione diverſum. Ut autem contractus ceteri a jure civili ſuas leges accipiunt, ita is etiam conſtitutione ſua proprias leges emphyteuſi dedit. Primo igitur, emphyteuticario jure conſtituto, pacta in ſcriptura conventa ſervari juſſit. Si de rei periculo nil diſerte pacti contrahentes forent, rei quidem totius interitum ad dominum directum pertinere cavit; ſi pars tantum rei periiſſet, id damnum emphyteutam ſubire voluit *l. 1. C. de jur.*

em-

emphyteut. Ex eo autem, quod in sua constitutione Zeno scripturæ meminit, haud paucis venit in mentem, scriptura interveniente hunc contractum expediri oportere. Rectius tamen constituerunt alii, sine scripto etiam recte eum videri initum. Primo enim in contractibus bonæ fidei, cujusmodi est emphyteusis, scripturæ solemnitas non requiritur, auctore Paulo 2. *sentent.* 17. 14. Deinde in §. 3. *de loc. conduct.* ubi jus emphyteuticarium enarratur, nusquam scripturæ mentio. Quod autem in sua constitutione Zeno scripturam memorat, id quidem non necessitatem, sed veterum consuetudinem spectat. Ut enim pactorum perpetuum monumentum contrahentibus præsto foret, ut apud nos hodie, ita plerumque etiam apud veteres olim hic contractus scriptura expediebatur. Vid. Noodt. ad *pand. libr.* 19. *tit.* 2.

III. In jure autem emphyteuticario constituendo pro more suo Justinianus asymbolus abire noluit. Primo enim *l.* 2. *C. de jur. emphyteut.* si per triennium canon ab emphyteuta solutus haud esset, ipso jure contractum resolvi jussit, ni secus pacti contrahentes forent. Ea autem in re diem pro homine interpellare jussit. Proinde, rigore juris inspecto, licet canon a directo domino per triennium petitus haud fuerit, adhuc contractus resolutus intelligetur. In censu autem resolvendo causam Ecclesiarum favorabiliorem esse voluit idem Augustus *novell.* 7. *c.* 3. Ibi enim ab eo cautum, ut si in Ecclesiastico prædio emphyteusis constituta foret, contractus resolveretur, canone per biennium non soluto. Verum ex recepta hodie juris Pontificii in judiciis æquitate quæcumque sit emphyteusis, celeri satisfactio-

ne

ne commissi pœnam emphyteutæ evitare licet. Quod tamen cavit *in d. l.* 2. Justinianus, ut meliorationum pretium peti per emphyteutam non posset, si per triennium canonem non persolvisset, id quidem viget in foro hodie. Generatim enim in Regno Neapolitano meliorationes frustra petuntur, quoties emphyteutæ culpa devolutio facta fuerit: tantum si ob lineam finitam, aut tempus in contractu conventum, devolutio facta dicatur, meliorationes peti non prohibentur de Franch. *decis.* 191.

IV. Rursus cum ante Justinianum dubitaretur olim, an consensum directi domini expectari oporteret, si meliorationes, & jus emphyteuticum in alios emphyteuta transferre vellet, in ea re primum pacta in instrumento conventa Justinianus servari jussit. Si nihil ea de re placuisset, consensu directi domini non expectato, meliorationes, & jus emphyteuticum vendi noluit. Ne tamen, directo domino denegante consensum, emphyteutæ vendendi arbitrium præcideretur, ei per emphyteutam venditionem denunciari jussit, duosque ad deliberandum menses ei concedi, num ipse soluto pretio in meliorationum emptione præferri vellet. Si intra duos menses justum pretium a domino directo non offerretur, arbitrium esse voluit emphyteutæ vendendi meliorationes extraneo. Ad possessionem autem novo emphyteutæ concedendam dominum directum compelli noluit, nisi ei laudemium solveretur, pars scilicet pretii quinquagesima *l.* 3. *C. de jur. emphyteut.* Licet autem in aliis contractibus prælatio domino directo denegetur, si tamen alio, quam venditionis titulo, jus emphyteuticum transferatur in alios, adhuc id ei denun-

denunciari debet, ut & ipse possessionem novo emphyteutæ concedat, eique laudemium persolvatur. Vid. Struvium *in syntagm. Jurisprud. exerc. 9. th. 69.*

V. Cum emphyteusis utile dominium emphyteutæ paret, & aliunde non solum contrahentibus ipsis, sed heredibus etiam jus ex contractibus deferatur, non solum ad emphyteutam, sed ad ipsius heredes etiam jus emphyteuticum pertinebit. Nisi quid secus igitur diserte pacti contrahentes fuerint, non tantum sui heredes, sed extranei quoque in emphyteusin succedent, seu in rebus profanis, seu Ecclesiasticis ea sit constituta *novell.* 120. *c. 6.* Cum tamen sæpiuscule disputari contingat, an, & quibus heredibus jus emphyteuticum deferatur, rem omnem accuratius enarrare juvabit. Principio in ejusmodi controversiis definiendis pacta instrumentis apposita spectari debent. Si de heredum qualitate nil fuerit instrumento cautum, accurate distinguendum, num ad tempus, an in perpetuum emphyteusis sit constituta. Si ad certum usque tempus jus emphyteuticum stare placuerit, atque ex certo simpliciter annorum numero tempus sit definitum, ad emphyteusin intra tempus contractu præstitutum non tantum liberi, sed extranei etiam heredes admitti debent. Verum si tempus per generationes definiri placuerit, veluti si per tres generationes emphyteusis contracta dicatur, in dubio tantum descendentes vocati censentur. Vid. Julium Clarum *rec. sent. §. emphyteut. quæst.* 28. *n.*2. Quod si in perpetuum constituta sit emphyteusis, siquidem nulla liberorum facta sit in instrumento mentio, heredibus etiam extraneis ea deferetur, ut recte statuunt interpretes post Jasonem ad

l. 2. *C. de jur. emphyteut.* Sin liberorum, aut descendentium facta sit in instrumento mentio, ex verbis, & rerum adjunctis caute distinguendum, num formula isthæc juris perpetui significandi gratia fuerit adhibita, an ut præter descendentes ceteri heredes excluderentur. Id totum igitur religioni judicis æstimandum remitti debet. Illud asseverare ausim, si *pro se, & heredibus* emphyteusis constituta dicatur, non tantum liberos, sed extraneos heredes etiam vocatos videri, seu profana, seu Ecclesiastica sit emphyteusis Covarr. 2. *variar.resol. c.* 17.*n.* 5. & Clar. *loc. cit. n.* 6. Ceterum si ad certam generationem constituta sit emphyteusis, in dubio primi acquirentis persona computari non debet de Marin. *resol.* 1. *c.* 98. *n.* 4. Finita autem emphyteusi, si eam dominus renovare velit, æquitas ipsa suasit, proximiores primi acquirentis præferendos esse Caldas Pereyra *de jur. emphyteut. libr.* 1. *quæst.* 8. & doctores plerique omnes post Bart. ad *l.* 1. *ff. de aqu. quotid. & æst.*

VI. Denique quod supra diximus, canone per triennium, vel biennium non soluto, in commissum emphyteutam incidere, directo etiam domino prælationem in meliorationum venditione competere, utrumque ultra præsentem speciem extendi nolim. Si enim non de emphyteusi, sed de censu, quem *reservativum* vocant, agatur, & commissi pœnæ non subest debitor, & in fundi censiti venditione creditor frustra prælationem petit. Immane enim, quantum inter emphyteusin, & censum reservativum discrepat. Summa differentiæ eo redit, per emphyteusin utile tantum transferri dominium; per censum vero reservativum dominium quoque directum. Quod enim quotannis census reservativi causa

caufa præftatur, tantum ob memoriam priftini dominii, non ob præfentis recognitionem folvitur. Cum igitur cenfuarius nullum fuperiorem agnofcat, non folum irrequifito veteri domino fundum alienare poteft, fed ceteris etiam generatim haud fubeft, quibus ratione directi dominii emphyteutam obligari diximus. Vid. Felic. *de cenf. in procem. n.* 1. de Marin. *refol.* 1. 232. *n.* 7. *Capyc. Latr. decif.* 46.

TITULUS XXVI.

De focietate.

SOcietas etiam ad contractus referri debet, qui folo confenfu perficiuntur. Ea haud incommode definiri poteft *contractus confenfualis, quo inter aliquos res communicantur, aut operæ lucri in commune faciendi caufa*. Ut igitur focietas videatur inita, utrimque aliquid a fociis conferri debet, feu illud pecunia fit, feu operæ. Hinc donationis caufa focietas fruftra contrahitur *l.* 5. §. 2. *ff. pro foc.* Sat autem ipfa definitio fuggerit, focietatem deftinato confilio contrahi oportere; neque aliunde Papinianus *confortium voluntarium* eam appellat apud Ulpianum *in l.* 52. §. 8. *ff. eod.* Socii igitur exiftimari nequeunt, qui cafu fortuito in communionem inciderint, veluti fi donatio, legatum, hereditas duobus obvenerit *l.* 31. *ff. eod.* Nimirum inter communionem, & focietatem intereft, ut alias inter genus, & fpeciem. Communio genus eft: ejus fpecies fimplex communio, & focietas exiftimari debent. Si tractatu habito coita fit lucri communio, focietas erit; fi fine focietatis affectione incidatur in communionem, veluti in re duobus

legata contingit, ſimplex communio citra ſocietatem contracta cenſebitur *l.32. ff. eod.* Summa differentiæ eo redit, quod in communionem incidere caſu poſſumus; in ſocietatem ſine deſtinato conſilio deveniri nequit. Vid. Noodt ad *libr. 17. ff. tit. 2. §.1.* Hinc ſi res communiter empta deterior a coemptore facta dicatur, non actione pro ſocio, ſed communi dividundo experiendum erit. Ex ipſa autem definitione liquet, non qualemqualem rerum, operarumve collationem ſocietatem efficere, ſed eam tandem, quæ lucri in commune faciendi cauſa coaluerit. Hinc collatione a duobus ea lege facta, ut ad alterutrum tantum lucrum ex collatione pertineat, non recte ſocietas videtur inita *l. 29. §. ult. ff. eod.* Id ipſum tamen de lucro tantum intellige; ut enim infra liquebit, ſocietas ita iniri non prohibetur, ut ſociorum aliquis damni ſit expers. Sacra eſt autem res ſocietas, & quædam fraternitas animorum. Hinc ſocii dolum infamia puniri placuit *l. 1. & 6. ff. de his, qui not. infam.* Inde etiam factum, ut, quæcumque ſocietas contracta fuerit, beneficium competentiæ ſociis denegari non debeat *l. 63. princ. ff. pro ſoc.*

II. Jam vero diverſi ſunt ſocietatis effectus pro ipſius diverſa ſpecie. Tribonianus *princ. h. t.* ſocietatem partitur in *univerſalem*, & *particularem*. Verum rectius rationes ineunt, qui eam triplicem eſſe ſtatuunt. Primo enim unius negotii cauſa ſocietas iniri poteſt, quo caſu *ſingularis* ea dicitur. Deinde ita poteſt iniri ſocietas, ut generatim ſibi ſocii ſtipulentur univerſi lucri communionem, quocumque ex quæſtu illud obvenerit. Quo quidem caſu *generalis* ſocietas contracta dicitur, & ex quacumque negotiatione lucrum obveniens communicari debet,

bet, modo ne quid obvenerit ex ultimis voluntatibus *l.* 8. *& sequ. ff. eod.* Denique ita potest coiri societas, ut bona sociorum omnia seu præsentia, seu futura inter ipsos communicentur, eóque casu *universalis* societas contracta censetur *l.* 5. *ff. eod.* Societate igitur universorum bonorum inita, statim bona sociorum omnia ipso jure communicantur: actiones tantum, nisi invicem cedantur, communicatæ non intelliguntur *l.* 1. *&* 3. *ff. eod.* Proinde, cum tanti momenti sit societas universalis, ea contracta non intelligetur, nisi de ea nominatim convenerint contrahentes *l.* 73. *ff. eod.* Fieri tamen quandoque potest, ut ea quoque societas tacite videatur inita. Pone enim, germanos duos post patris obitum non solum in paternorum bonorum communione persistere, sed & lucra secum omnia unde unde profecta communicare, ita etiam agere, ut numquam rationes exigant, ea quidem in specie universalis societas contracta videbitur. Quæ tamen diximus, conjunctim requiruntur omnia. Si enim fratres parentum tantum hereditates indivisas retinuisse dicantur, quod aliunde quæsierint, in commune non redigetur *l.* 52. §. *6. ff. eod.* In universali autem societate id singulare est, ut, quicquid socius honestis ex caussis impenderit, in societatis communes rationes imputari debeat. Societati igitur imputabitur, non solum si quid socius pro filiorum studiis erogarit, sed etiam si dotem filiæ dederit *d. l.* 52. *ff. eod.* Neque id injurium existimari debet. Ad servandam enim æqualitatem, quicquid etiam ex honestis caussis ab altero socio quæsitum fuerit, in commune confertur *d. l.* 52. §. *ult. ff. eod.*

III. Coitur societas lucri in commune facien-

tertia redeat. In ea controversia definienda dissidium fecere veteres. Nam Quintus Mucius ejusmodi pactum improbandum existimavit, tamquam societatis naturæ contrarium: contra Servius Sulpicius hoc pactum admittendum edixit, quia non raro ita pretiosa quorumdam videtur opera, ut æquum censeri debeat, meliori eos conditione in societatem admitti, eamque sententiam prævaluisse narrat Tribonianus §. 2. *h. t.* In suæ vero sententiæ ratione reddenda Servius, quod plerumque fieri solet, respexit. Proinde licet meliori conditione accepti socii pretiosior revera non fuerit opera, adhuc pacta conventa servanda erunt. Primo enim juris æquitas non in singulis speciebus, sed generatim spectari debet. Deinde si sciens socius meliori conditione alterum in societatem admiserit, majorem lucri partem alteri donare voluisse præsumi potest. Licet enim donationis causa societas iniri nequeat, id tamen passim doctores admittunt, si tota societas donationis causa coaluerit. Neque enim quidquam impedimento est, quominus pro parte societas donationis causa ineatur *arg. l.* 38. *ff. de contrah. empt.* Vid. Stryk. *in us. mod. pandect. libr.* 17. *tit.* 2. §. 17. Dissentiunt quidem Mantica *de tac. & ambigu. convent. libr.* 4. *tit.* 6. Gomesius *variar. resol. tom.* 2. *c.* 4. aliique non pauci; verum eis aperte adversatur Tribonianus ipse *d.* §. 2. *h. t.* Si tamen judex deprehendat, inopia coactum aliquem ea conditione societati se adjunxisse, pacti iniquitatem eum religione sua emendare lubens concesserim. Ceterum hinc intelligi facile potest, lucri tantum, non vero damni communionem societatem requirere. Proinde nequit conveniri quidem, ut quis lucri sit expers; recte tamen

convenietur, ut quis lucri ſit particeps, damni expers *d.* §. 2. *h. t.*

V. Porro ſupra prævertimus, in ſocietatem utrimque aliquid conferri oportere, ſeu illud pecunia ſit, ſeu opera. Recte igitur ſocietas coaluiſſe videbitur, ſi ab altero pecunia, ab altero tantum opera conferatur. Si factum id fuerit, impoſito ſocietati fine, qui pecuniam contulit, eam præcipuam habere debet; ſi quod redierit ex negotio lucrum, æque inter ipſum dividi oportebit, eumque, qui nudam operam in ſocietatem contuliſſe dicetur. In præſenti enim ſpecie ipſa pecunia cum impenſa opera conferri non debet, quod perperam ſtatuere complures; nam potius nudus pecuniæ uſus cum opera collatus cenſeri debet. Quemadmodum igitur ratione præſtiti per pecuniam uſus, qui pecuniam contulit, præter lucri partem nil ultra repetit, ita propter impenſas operas lucri quidem partem, non vero alterius pecuniam vindicare debet alter, a quo nuda opera collata fuerit. Id Ulpianus fortaſſe reſpexit, ubi pecuniam *artis levamentum* dixit *in l.52.ff.pro ſoc.* Aliunde, ſepoſita legum auctoritate, ſi ſecus ſtatuas, præter jus, & æquum in ſummam inæqualitatem ſocietas incideret. Si enim fingas, ſocietate finita, nil præter collatam pecuniam ſupereſſe, is, qui pecuniam contulit, non ſolum nullum lucrum referret, ſed & collatæ pecuniæ partem amitteret; contra, qui nudam contulit in ſocietatem operam, cum alterius damno dimidium collatæ pecuniæ lucraretur, ut recte advertit Struvius *in ſyntagmat. juriſpr. exerc.* 22. *th.* 33. Hinc facile definiri queat inter doctores agitata quæſtio, num ſcilicet in præſenti ſpecie, pereunte pecunia, ei tantum, a quo

quo collata fuerit, perire eam oporteat, an ejus amissæ damnum sustinere etiam ille debeat, qui nudam operam in societatem contulit. Nam ut, re prospere cedente, præcipuam pecuniam ille aufert, a quo collata dicetur; ita ad ipsum solum ejus amissæ periculum redire debet. Quemadmodum enim a pluribus collata pecunia, ea singulis pro rata perit, ita ab altero collata pecunia, ab altero opera, periculum amissæ pecuniæ tantum ad dominum pertinebit. Neque regeras, iniquum videri oportere, sine alterius damno pecuniam ab altero tantum amitti. Alterius enim damnum in opera etiam frustra impensa versatur. Conf. Donell. ad *l.* 1. *C. h. t.*

VI. Rite autem societas inita non uno modo dissolvitur. Societatis dissolvendæ modi ad duos potissimum referri possunt, ad renunciationem scilicet, & socii mortem, seu illa naturalis sit, seu civilis. Neque regeras bonorum etiam cessionem diversum modum perimendæ societatis esse. Licet enim, qui bonis cedunt, civiliter non moriantur, eisque capitis deminutio nulla contingat, ii tamen in contractibus pro civiliter mortuis haberi debent, cum vix quisquam animum inducat cum eo contrahere, qui bonis cessit. Finitur quidem societas & imposito fine negotio, cujus causa ea coaluit §. *6. h. t.* id tamen ab ipsa lege manat ab initio societati dicta, quemadmodum & ad certum tempus societate inita, per temporis adventum ex lege contractus ea dissolvitur.

VII. Quod ad primum igitur, liberum est sociis renunciare societate pro lubitu, ac statim post renunciationem ea dissolvitur. Licet autem alias, rebus haud integris, sine mutuo contrahentium con-

consensu a contractibus recedi nequeat, id tamen singulare societati est, quod rebus etiam non integris, veluti collatione jam facta, sine aliorum consensu ab ea recedi possit. Id adeo verum est, ut licet in coeunda societate placuerit, ne sine mutuo consensu societati renunciari queat, id pactum tamen negligi impune possit, utpote societatis naturæ contrarium *l.* 14. *ff. pro soc.* Id ita in societate receptum, ut discordiæ, quæ ex necessitate contractus facile enascuntur, inter socios præcaveri possent. Quod autem diximus, pro lubitu societati renunciari posse, caute id quidem intelligendum. Quævis renunciatio scilicet, quamvis intempestiva, aut insidiosa, societatem dissolvit, qui tamen intempestive, aut dolose renunciat, socios quidem liberat, ipse non liberatur: expers is igitur lucri erit, si quod ex negotiatione redierit, damni particeps; lucrum etiam a se captatum cum relictis sociis communicare cogitur §. 4. *h. t.* Hinc si socius universalis propediem sperans hereditatem subdole societati renunciet, ut ea solus potiatur, dividere cum socio debet hereditatem *l.* 65. §. 3. *ff. eod.*

VIII. Renunciari autem societati potest aut aperte, aut tacite. Aperte renunciatum societati videbitur, si disertis verbis quis sociorum alios res suas agere jubeat. Eleganter apud Petronium ille societati ita renunciat *metamorphos.* 10. *intelligo nobis convenire non posse; itaque communes sarcinulas partiamur, & paupertatem nostram privatis quæstibus tentemus expellere.* Tacite autem renunciatum societati censetur, cum ex facto aliquo renunciandi voluntas arguitur. Id vero primo factum intelligetur novatione actionis pro socio. Ita quidem si, quod collatum in societatem

fue-

fuerit, tamquam ex stipulatu debitum promittatur, novatione actionis societas tacite dissolvetur. Hinc affundas Ulpiano lucem *in l. 63. §. 10. ff. pro soc.* ubi actionis interitu perimi societatem scribit. Tacite etiam renunciatum societati censebitur, si dissolvendæ societatis causa ab aliquo sociorum adversus ceteros actio pro socio sit instituta *l. 65. princ. ff. eod.* Denique tacite etiam societati renunciatum intelligetur, si socii sibi quisque res suas agant, & res communes porro non curent *l. 64. ff. eod.*

IX. Morte etiam societatem dissolvi diximus. Id autem eo pertinet, ut non solum heredes defuncti socii in societate perstare non teneantur, sed inter superstites quoque socios societas dissolvatur §. 5. *h. t.* Verum si in societate coeunda placuerit, ut, mortuo sociorum aliquo, societas inter superstites consistat adhuc, id quidem pactum ratum habebitur *l. 65. §. 9. ff. pro soc.* Ubi autem morte distrahi societatem Jurisconsulti ajunt, non tantum de morte naturali, sed civili quoque sunt intelligendi *l. 63. §. 10. ff. eod.* Cumque mortem civilem, maximam scilicet, mediamve capitis diminutionem bonorum publicatio ipso jure sequeretur olim, publicatione bonorum etiam dissolvi societatem recte scribit Tribonianus §. 7. *h. t.* Bonorum quoque cessionem effectu juris a morte civili in præsenti argumento parum abesse, supra monuimus. Proinde si ære alieno prægravatus bonis cesserit sociorum aliquis, societas inter ceteros etiam dissolvetur, modo ne reliqui in societate perstare malint. Verum, si ita placuerit, nova potius societas inchoata videbitur §. 8. *h. t.* Quod tamen generatim ibi pronunciat Tribonianus, societatem bonorum cessio-

cessione distrahi , caute id quidem intelligendum. Si enim qui bonis cesserit , nudam operam in societatem contulisse dicatur , ea profecto in specie neque cum ipso , neque cum reliquis societas dissolvetur. Parum enim in ea specie sociorum interest , quod qui bonis cesserit, extrema egestate laboret. Vid. doctores ad *d.* §. 8. *h. t.*

X. Nunc, illud definiamus, oportet, quatenus alios sibi socii, aliisve ipsi se obligent. Quod ad primum, si duo, pluresve socii alios sibi obligent, veluti communi re vendita, communibus suffragiis docuere doctores post Bartolum , & Baldum ad *l. 9. C. si cert. pet.* non in solidum singulis actionem acquiri, sed pro ea tantum parte, quam in societatem quisque contulerit. Ceterum si in venditione placuerit , ut pro pluribus credendi reis in solidum socii haberentur, ratio juris exposcit, ut in solidum singulis quæratur actio *d. l. 9. C. eod.* Inde autem fit, ut, nisi socii se credendi reos in solidum constituerint, uni solvens a ceteris non liberetur emptor , ut recte observatum a Struvio *in syntagm. Jurisprud. exerc.23.th.42.* Hinc autem facile definiri potest , quatenus ipsi socii aliis obligentur ex contractibus causa societatis initis. Ad servandam enim æqualitatem , nisi diserte placuerit, ut singuli teneantur in solidum, quisque pro ea tantum parte, qnam habet in societate, tenebitur. Eo non invita trahi posse videtur *l. 4. ff. de exercit. act.* ubi Ulpianus scribit, exercentibus pluribus per se navem , pro portionibus exercitoriis teneri singulos.

XI. Cum vero societas utriusque contrahentis spectet emolumentum , eaque ab initio uterque contrahens obligetur, actio pro socio utrimque di-

recta

recta ex societate nascitur. Ea autem socii adversus se invicem, heredesque agunt non solum ad conferenda bona communia, reddendas rationes, ac lucrum communicandum, sed damna etiam, si qua culpa fuerint illata, resarcienda. Socius igitur non tantum dolum, sed & culpam præstare compellitur *l. 72. ff. pro soc.* Exploratum autem in jure est, apud Jurisconsultos appellatione culpæ levem tantum culpam generatim intelligi; dubitatum tamen apud veteres fuisse narrat Tribonianus §. 9. *h. t.* an ob levem culpam socius conveniri posset. Ipsa quidem societatis natura utriusque socii emolumentum spectans suadere videbatur, culpam etiam levem a socio præstari oportere. Verum cum ultro a socio socius assumatur, & desidiosi hominis societati pro lubitu renunciari queat, duriusculum videbatur, levis ab eo culpæ præstationem exigere, qui ultro retentus in societate foret. Dissidia igitur ita componi placuit, ut levis quidem culpa præstaretur a socio non *in abstracto*, sed *in concreto* tamen, ut ajunt. Id eo pertinet, ut securus sit socius, si rebus communibus expediendis eam adhibeat diligentiam, qua ipsemet suis in rebus utitur. Cum enim ultro socius eligatur, eique pro lubitu societatem renunciare liceat, qui parum diligentem socium sibi assumit, de se potius, quam de socio queri debet. Aliunde sat durum esset, diligentiam a socio ea majorem exigere, quam suis in rebus expediendis adhibet. Vid. doctores ad *d.* §. *9. h. t.*

TI-

TITULUS XXVII.

De mandato.

POstremum contractuum, qui consensu perficiuntur, mandatum est. Vulgo vocabuli originem inde repetunt, quod sua olim negotia mandaturi homines dexteram fidei symbolum mandatario porrigebant eo significantes, summam in negotio expediendo fidem adhiberi oportere. Hinc Isidorus mandatum a manuum datione dictum scribit 4. *orig.* 4. Utcumque id erit, in hoc contractu potissimum fides præstari debet, ubi commissum negotium susceptum semel a mandatario fuerit. Cumque fidem potissimum amico debitam turpiter destituat mandatarius dolose agens, merito notatur infamia, si quid contra fidem is molitus in mandato fuerit *l. 6.* §. 5. *ff. mand. vel contr.* Definiri autem mandatum potest *contractus consensualis, quo negotium honestum ab amico commissum gratis gerendum, expediendumque suscipitur.* Priora definitionis verba mandatum solo consensu perfici monent, seu inter præsentes, seu inter absentes etiam per nuncium, aut per epistolam fuerit id interpositum. Utque contractus ceteri tacito quoque consensu recte consistunt, ita tacite etiam interponi consensus in mandato potest. Ita quidem si patiar, pro me fidejubere quempiam, mandati ab eo conveniri potero *d.l. 6. ff. eod.* Quod autem statim in definitione sequitur, res tantum licitas & honestas in mandatum monet deduci posse. Proinde si quis tibi cædem hominis, aut furtum faciendum mandet, eoque nomine sit a te præstita delicti pœna, ad indemnitatem consequen-

dam

dam adversus mandantem frustra actionem institues §. 7. *h. t.* Verum si ex mandato alterius facinus sit perpetratum, non minus mandans, quam mandatarius pœnæ subjicientur *l.* 11. §. 3. *ff. de injur.* Postrema definitionis verba mandatum gratis expediendum suadent. Alias, siquidem certa merces ab initio sit constituta, locatio potius contracta videbitur; sin incerta quantitas promissa dicatur, neque locatio, neque mandatum erit, sed contractus innominatus §. 13. *h. t.* Cum tamen remunerari eos oporteat, qui nos gratia, scientia, patrocinio juvant, mandatum consistet adhuc, si advocato, procuratori, honorarium sit promissum *d.l.6. ff. mand. vel contr.* Id ipsum tamen non mandati actione, sed extra ordinem peti debet *l.* 7. *ff. eod.* Atque hic commodum fuerit advertere, jure pandectarum olim ad advocato honorarium peti non potuisse, nisi & in certa quantitate promissum esset, & summam a jure definitam haud excederet *l.* 56. §. 3. *ff. eod. & l.* 1. §. 10. *ff. de extraord. cognit.* Id ipsum tamen perpetuum Romæ non fuit, ac sæpius latæ leges, ne ob causam orandam pecuniam liceret accipere. Verum, ut ad liberales artes inflammarentur adolescentes, leges in ea re subactæ per mores. Conf. Lips. ad Tacit. *annal.* 11. 5. *& sequ.* Ceterum ulterius apud nostrates procedi placuit. Ex recepta enim Regni consuetudine per pragmaticas etiam confirmata a procuratoribus, causarumque patronis honoraria licet non promissa apud nos recte petuntur.

II. Mandatum autem a doctoribus non uno modo dividitur. Primo enim, prout verbis, aut facto contrahitur, dividi vulgo solet in *expressum*, & *tacitum*. Deinde, prout singularia quædam, aut

aut universa negotia committuntur, veluti objecti ratione mandatum in *speciale*, & *generale* dividitur. Mandato autem generali constitui procuratorem quidam addunt vel *simpliciter*, vel *cum libera*, ut ajunt. Si *cum libera* procurator sit constitutus, singularibus quibusdam facultatibus eum instrui opinantur, & quas in procuratore instructo generali mandato *simpliciter* frustra desideres. Procuratori enim *cum libera* ipsam alienationem permittunt, modo ne ea animo donandi fiat. Verum rectius post Donellum alii *comm.* 4. 15. id inter procuratores discrimen veteres agnovisse negant; inter generalem etiam procuratorem *simpliciter* constitutum, & mandato *cum libera* instructum haud interesse quicquam; quemadmodum & nihil interest, num ex asse quispiam, an simpliciter sit scriptus heres. Sane generalis procurator seu *simpliciter*, seu *cum libera* sit constitutus, liberam in rebus alienis potestatem exercet haud secus, quam si speciatim ei de singulis demandatum esset. Verumtamen, generali procuratore quomodolibet constituto, ad ea mandatum extendi non debet, quæ vulgo homines mandare non solent. Ejusmodi est donatio *l.* 7. *ff. de donat.* &, ut alia omittam, generatim omnia, quæ ratio administrationis haud flagitat *l.* 63. *ff. de procur.* Utcumque id erit, ratione finis in præsenti rubrica mandatum in quinque species a Triboniano dividitur, prout scilicet mandatum interponitur vel mandantis gratia tantum, vel mandantis & mandatarii, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena, vel denique aliena tantum *princ. h. t.* Nos exemplo Triboniani has tantum mandati species enucleabimus.

III. Prin-

III. Principio igitur mandantis gratia tantum mandatum interponi poteſt . Ejuſmodi quidem mandatum erit, ſi tibi mandem, ut certum prædium mihi emas §. 1. *h. t.* Deinde recte etiam mandatum videbitur , ſi mandantis & mandatarii gratia mandatum interponatur. Ita quidem volenti creditori cum fidejuſſore agere recte fidejuſſor mandat, ut periculo ſuo adverſus principalem actionem inſtituat §. 2. *h. t.* Ubi enim ita placuerit, mandantis quidem utilitas ſua ſponte patet , quia in judicium ante principalem excuſſum vocari nequit: mandatarii vero utilitas in eo verſatur , quod ſi reus principalis ſolvendo non fuerit, fidejuſſor adhuc conveniri poterit. Alias ex jure veteri, electo principali debitore, fidejuſſor omnino liberabitur, licet ſecus Juſtiniano placuerit *in l.ult.C.de fidejuſſ.* Præterea recte quoque mandatur cauſa mandantis & aliena, veluti ſi cui mandes, ut tibi, & Titio fundum emat §. 4. *h. t.* Rurſus recte etiam mandatum interponetur mandatarii, & aliena cauſa. Ita autem mandatum videbitur, ſi negotium commiſſum mandatarii, & alienam utilitatem ſpectet, veluti ſi tibi mandem, ut Titio pecuniam ſub uſuris credas §. 5. *h. t.* Recte tandem mandatur gratia tantum aliena: ita vero mandatum videbitur, cum aliena tantum utilitas in mandato verſatur, veluti ſi tibi mandem, ut Titio fundum emas §. 3. *h. t.* Duas tamen poſtremas mandati ſpecies in controverſiam adduci video. Cum enim ex mandato alias directa mandati actio mandatori competat, ex prædictis mandati ſpeciebus actio iſthæc non naſcitur. Nam cum eatenus agere generatim liceat, quatenus noſtra intereſt, quid factum eſſe, ſi mandatum aliena gratia, aut mandatarii & aliena interpoſitum non fuerit impletum, eo

nomine directa actione mandati non potest mandator agere. Neque enim, quas species proponit hic Imperator, mandatoris interest, alteri credi pecuniam, aut fundum emi. Verum inficias ego non ierim, mandata isthæc a mandatario impune contemni posse, si tamen ea ipse sit exequutus, quemadmodum adversus mandantem actionem mandati contrariam sibi parat, ita & directa mandati actione tenetur ipse mandanti, si non omnia ex fide gesserit. Hinc igitur ad summum constat, a principio directam mandati actionem nasci non oportere, ut mandatum rite consistat. Vid. Vinn. ad *d.§.3.h.t.*

IV. Cuicuimodi sit mandatum, qui illud jam susceptum exequitur, ad præscriptum omnia debet agere. Proinde si egrediatur mandati fines, ipse quidem pulsari poterit directo mandati judicio, contraria tamen actione mandati impensas repetere nequit *l.41.ff. mandat. vel contr.* Si quis igitur tibi mandarit, ut ultra centum aureos in fundo coemendo non eroges, atque in ejus emptionem majorem summam impenderis, frustra ob illud actionem institues, quod ultra centum a te fuerit impensum. Quin ea in specie Sabinus & Cassius censuerunt, non solum frustra repeti, quod ultra centum erogatum foret, sed ne pretium quidem a mandante præfinitum actione mandati contraria condici posse. Cum enim sua sponte negotia sint individua, qui mandati fines egressus esset, non exequutus pro parte mandatum, sed plane aliud in prædicta specie videbatur egisse *l. 5. princ. ff. eod.* Verum, æquitate ita suadente, Nervæ & Proculi sententiam prævaluisse comperio, recte scilicet mandatarium agere saltem ad consequendam præfinitam ab initio summam *§. 8. h. t. & l. 3. §.2. ff.eod.*

ff. eod. Verum enimvero, cum unusquisque præsumatur, quanti minimi sibi rem emi velle, si minoris res empta dicatur, quam quantum præscriptum ab initio fuerit, ne ex juris rigore quidem actio mandati contraria mandatario denegari debet, ubi minus erogando meliorem mandatoris causam fecerit *l.* 5. *ff. eod.*

V. Mandatum vero rite constitutum primo finitur revocatione mandantis, modo rebus integris revocatio fiat §. *9. h. t.* Neque absurdum videri dicas, a contractu ultro citroque obligatorio sine alterius consensu recedi. Cum enim mandatum in officii præstatione consistat, mandatori liberum esse oportebat, oblato semel officio renunciare pro lubitu. Quod si, rebus haud integris, mandatum revocatum fuerit, mandatum quidem solvetur adhuc, æquitas tamen ipsa suasit, actionem ex ante gesto mandatario dari ad consequendum, quod ei propter susceptum mandatum abest *l.* 15. *ff. mand. vel contr.* Rursus a parte etiam mandatarii mandatum libera renunciatione solvitur: cum enim, ut diximus, mandatum in voluntaria officii præstatione consistat, invitis illud extorqueri non debet. Id tamen intellige, si renunciatum tempestive fuerit, & negotium demandatum æque commode per alium expediri possit; alias intempestiva renunciatione mandatum quidem solvetur; mandatarius tamen tenebitur, quatenus mandatoris interest, mandatum impletum esse §. 11. *h. t.* Verum si justa causa intercesserit, cur tempestive renunciatum haud fuerit, veluti si inter contrahentes capitales inimicitiæ subortæ fuerint, aut adversa valetudo mandatarium officium præstare non sinat, mandatario calumnia fieri nequit, si aut non

renunciarit, aut intempeſtive renunciarit *l.* 23. *&* *ſequ. ff. eod.* Denique, cum mandato exequendo certæ perſonæ induſtria eligatur, & aliunde præſumi oporteat, ſoli mandanti mandatarium gratificari velle, mandatum rebus integris alterutrius morte diſſolvitur §. 10. *h. t.* Proinde ſi, mandatario mortuo, mandatum exequatur heres, fruſtra mandati contrariam actionem inſtituet *l.* 57. *ff. eod.* Verum ſi, mandato jam inchoato, quod agendum ſupereſt, cum ſuperioribus ſit connexum, non ſolum licebit, ſed incumbet etiam mandatarii heredi, mandato finem imponere *arg. l.* 5. *ff. de admin. & peric. tut.*

VI. Ex dictis hactenus ſat, puto, liquet, mandatum bilateralem contractum eſſe. Verum in eo contractu mandatarius quidem ab initio, mandans ex poſt facto tandem obſtringitur, ubi ſcilicet mandatum expeditum a mandatario fuerit. Ex regula generali igitur duplex inde naſcitur actio altera mandati *directa*, altera *contraria l.* 3. §. 1. *ff. mand. vel contr.* Directa mandanti competit adverſus mandatarium, ejuſve heredes, ob ſuſceptum negotium non perfectum, præſtandumque, quod intereſt, mandatum impletum eſſe *l.* 5. §. 1. *ff. eod.* ob rem etiam ex mandato quæſitam cum omni cauſa tradendam *l.* 8. §. 10. *ff. eod.* ob damnum denique ſarciendum, non quod dolo tantum, ſed quod culpa quoque leviſſima fuerit illatum. Ut enim liberum ab initio eſt, mandatum non ſuſcipere, aut tempeſtive renunciare, ita illud ſuſceptum ſemel, neque tempeſtive renunciatum ſumma debet diligentia expediri *l.* 21. *C. eod.* Viciſſim impleto mandato, actio mandati contraria adverſus mandantem, ejuſve heredes mandatario

rio competit ad consequendum, quod ob mandatum impenderit, & ea generatim omnia, quæ suscepti mandati causa ei absunt *l.* 12. §. *9. ff. eod.*

TITULUS XXVIII.

De obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur.

JAm supra præcepimus *libr.3.tit.14. §. 9.* ex facto licito contractus, & quasi contractus oriri. Expositis igitur obligationibus ex contractu manantibus, pro instituto etiam cum Imperatore videndum de obligationibus, quæ ex quasi contractu nascuntur. Hæ autem obligationes quasi ex contractu nasci dicuntur, quia nascuntur ex facto licito, quod verus quidem contractus haud est, juris tamen effectu contractus rationem habet ob mutuam obligationem inde manantem. Nimirum ut verus contractus initus videatur alias, expresse, vel tacite uterque contrahens consentire debent: verum in quasi contractibus ab alterutro contrahente tantum consensus interponitur; alterius aut ignorantis, aut absentis etiam, consensum lex ipsa præsumit, aut fingit. Ita quidem si quis absentis & ignorantis negotia gerat, consensus præstatur a gestore tantum, ex negotiorum gestione tamen mutua nascitur obligatio, & absens etiam obligatur. Nam licet alias invitum obligari quempiam jus civile non patiatur, ob æquitatem tamen in ea specie consensum absentis lex ipsa supplet. Cum igitur facta isthæc mutuo contrahentium consensu non sustineantur, quasi contractus sunt appellata. Nam propter consensum ignorantis a jure præsumptum

a veris contractibus propius abesse videbantur. Consensum autem ignorantis in quasi contractibus ex duplici potissimum fundamento lex fingit; primo scilicet, quod unusquisque præsumitur in id consentire, quod sibi utilitatem affert; deinde quod nemo præsumi debet cum alterius detrimento locupletior fieri velle. Hinc quasi contractu haud absurde definiri queat *factum aliquod honestum, quo ignorantes obligamur ex consensu ob æquitatem, & communem utilitatem ab ipsa lege præsumpto.* Sex autem quasi contractus in institutionibus memorantur, gestio negotiorum scilicet, tutela, hereditatis, vel rei sine societate communis administratio, hereditatis aditio, indebiti denique solutio. Licet autem complures alii quasi contractus in pandectis occurrant, nos tamen Imperatorem sequuti sex tantum illos in institutionibus memoratos enucleabimus.

II. Primus quasi contractuum negotiorum est gestio. Eo quis sine mandato utiliter gerendo negotia alterius absentis, aut certe ignorantis, se ad reddendas rationes astringit, & vicissim sibi alterum ad restituendum obligat, quod utiliter in rem ejus impenderit §. 1. *inst. h. t.* Huic quasi contractui inopina præsertim absentia dedit occasionem. Eum sane Theophilus scribit inventum propter absentium utilitatem, qui repentina profectione distenti rerum suarum curam nemini demandare potuissent *paraphr. inst. h. t.* §. 1. Ne igitur indefensi manerent absentes, ita cavendum censuit edicto Prætor. *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quæ cujusque, cum moritur, fuerint, gesserit, eo nomine judicium dabo l. 3. princ. ff. de negot. gest.* Licet autem ab initio absentium tantum fortasse gratia hic quasi contractus receptus

in

in Civitate fuerit, rerum usu tamen eum generatim ad omnes extendi placuit, quorum utilitatem gestio complecteretur, seu præsentes, seu absentes essent, modo gestionem aut ignorarent, aut non tacite saltem gestori sua negotia commisissent *l.* 40. *&* 48. *ff. eod.* Cum autem hic quasi contractus maximo cederet emolumento civibus, eum favore prosequendum censuere veteres. Proinde licet quis pro Titio negotia gerere credens pro Sempronio revera gesserit, adhuc Sempronio gestor obligabitur, & ipse gestor Sempronium eo nomine convenire poterit *l.* 5. §. 1. *ff. eod.*

III. Porro cum alienis rebus administrandis sponte se gestor offerat, non solum dolum, aut culpam levem, sed culpam quoque levissimam præstare cogitur §. 1. *inst. h. t.* Quin licet alias casum nemo præstare debeat, si tamen præter domini consuetudinem rem aleæ plenam aggressus sit gestor, ipsum casum contra juris regulas præstare compellitur *l.* 11. *ff. eod.* Verum si quis necessitate urgente negotia aliena gesserit, veluti quia deesset alius, qui id officium commodare vellet absenti, ea quidem in specie solus dolus, & culpa lata a gestore præstabitur *l.* 3. §. 9. *ff. eod.* In negotiorum autem gestione ab initio gestor tantum obligatur; absens ex post facto tandem obstringitur. Inde igitur duplex oritur actio, *negotiorum gestorum directa* scilicet, *&* *contraria*. Directa adversus gestorem, ejusve heredes domino competit ad reddendas rationes, reliqua restituenda, & culpam quoque levissimam pro modo gestionis præstandam. Pro modo gestionis inquam; neque enim, quod unum tantum negotium quis gerendum suscepit, ob alia quoque non gesta conveniri poterit *l.* 15. *&* *sequ. ff. eod.* nisi gestoris

causa desistat ab administratione alius, qui omnia gerere paratus erat *l. 6. §. ult. ff. eod.* In præsenti autem actione non tantum culpæ, sed omissi etiam lucri rationem haberi placuit. Hinc si absentis negotia a debitore suscepta fuerint, a se ipso debitor debet exigere, ac fœnori pecuniam collocare. Si secus faciat, ipsum debitum non usurarium post moram usurarium fiet *d. l. 6. §. ult. ff. eod.* Vicissim negotiorum gestorum actio contraria gestori datur adversus dominum, ejusve heredes, ad consequendam indemnitatem, quatenus ab eo utiliter res gestæ dicentur. Utiliter autem gessisse quis dicitur non ratione effectus. Nam utiliter adhuc videbitur a gestore gestum, si quod sit aggressus, expediebat absenti; licet rectum consilium destitutum eventu fuerit. Ita quidem si quis insulam fulserit, aut medicamenta ægrotanti servo dari curarit, licet corruerit insula, servusve sit mortuus, adhuc actio isthæc gestori competet *l. 10. ff. eod.*

IV. Alter quasi contractus tutela est: nam tutelæ quidem gestio verus contractus censeri non debet: neque enim eam suscipiendo tutor cum pupillo contrahit. Cum tamen tutelæ judicium non manet ex maleficio, ex quasi contractu nasci dicitur §. 2. *h. t.* Ex tutelæ autem gestione mutuæ nascuntur actiones non solum adversus tutorem, sed adversus pupillum etiam. Ab initio gestionis tamen solus tutor obligatur; pupillus ex post facto tandem obligari potest. Hinc duplex actio ex tutela oritur, *directa* scilicet, & *contraria*. Directa tutelæ actio adversus tutorem pupillo competit ad restituenda reliqua, reddendas rationes, & damnum culpa etiam levi datum resarciendum. Licet enim solius pupilli commodum tutela respiciat, ut proin-

de

de tantum doli nomine tutor obligatus videri posset, favore tamen pupillorum invaluit, ut levem etiam culpam præstare compelleretur *l.* 23. *ff. de reg. jur.* Vicissim contraria tutelæ actio post finitam tutelam adversus pupillum tutori datur, qua se liberari postulat, si pro pupillo se obligarit *l. ult. C. de contr. tut.* ac sibi restitui, quicquid in gestione tutelæ utiliter pro eo erogarit *l. ult. ff. eod.* Quod si de negotio curationis agatur, directa & contraria tutelæ actiones utiles adolescenti, & curatori dabuntur *l.* 3. *&* 4. *C. arbitr. tutel.*

V. Ex communis hereditatis, aut rerum singularium citra societatem communium administratione, tamquam ex quasi contractu, suæ nascuntur etiam actiones. Licet enim hereditas, rerumque communio non quasi contractum, sed pluribus jus commune tantum importet in hereditatem, aut res sine societate communes; qui tamen solus hereditatem, aut res communes administrat, se aliis obligasse videtur & ad reddendas rationes, & res communes dividendas: ei etiam vicissim se obligasse censentur alii ad indemnitatem præstandam eorum nomine, quæ ob res communes ipse administrator impenderit. Proinde ex utroque directæ utrimque nascuntur actiones, ex communis quidem hereditatis administratione judicium *familiæ erciscundæ*, ex administratione rerum communium judicium *communi dividundo*. Familiæ igitur erciscundæ actionem instituit coheres adversus alterum ad communem hereditatem dividendam, impensas obtinendas utiliter erogatas, ac damnum sarciendum culpa vel levi datum *l.* 17. *& sequ. ff. famil. ercisc.* Communi dividundo actio a socio contra socium instituitur ad res communes dividendas, ac præ-

præſtationes perſonales conſequendas *l.* 1. *&* 3. *ff. comm. divid.* Perſonales autem in hoc judicio præſtationes vel lucrum, vel damnum, vel impenſas reſpiciunt, ut docet Juriſconſultus *in d. l.* 3. *ff. eod.*

VI. Quinta ſpecies quaſi contractus aditio hereditatis eſt. Licet enim nullum negotium cum legatariis, & fideicommiſſariis ab herede geratur, ubi is tamen hereditatem amplectitur, tacite agnoſcit etiam omnia defuncti judicia, & oneribus ex voluntate ejus ſubeundis ſe generatim ſubjicit. Ita igitur, agnita hereditate, cum legatariis, & fideicommiſſariis contrahere videtur heres, iiſque ſe obligare de ſolido cuique ſolvendo. Inde inter quaſi contractus hereditatis aditio referri debet §. 5. *h. t.* Ea autem obligatio, qua legatariis, & fideicommiſſariis per agnitionem hereditatis heres aſtringitur, diverſa ab illis eſt, in quas ex perſona defuncti ſuccedit heres. In iis enim ex vero contractu tenetur heres, eo ipſo ſcilicet, quo tenebatur defunctus ipſe, cum jus in herede defuncti perſonam agnoſcat. Ceterum hereditatis aditio quaſi contractus unilateralis eſt: legatariis enim, & fideicommiſſariis ſolus heres, aliique, a quibus aliquid relictum fuerit, obligantur; legatarii, & fideicommiſſarii viciſſim non obligantur heredi. Proinde ex eo quaſi contractu una tantum naſcitur actio *perſonalis ex teſtamento*, qua legatarii, & fideicommiſſarii poſt agnitionem hereditatis contra heredem agunt ad legata, & fideicommiſſa obtinenda cum acceſſionibus, & uſuris etiam a tempore moræ *l.* 39. *&* 47. *ff. de legat.* 1.

VII. Poſtrema ſpecies quaſi contractus eſt ſolutio indebiti. Qui enim indebitum ab errante accipit, perinde obligatur, ac ſi mutuum ei datum

tum esset. Proinde quasi mutui causa is indebiti condictione recte convenietur ad illud, quod sine causa accepit, restituendum §. *6. h. t.* Verum, ut indebiti condictio recte instituatur, duo plane requiruntur. Primo enim oportet, ut nullo jure sit debitum, quod solutum ab errante fuerit. Indebitum autem adhuc intelligetur, quod ex juris subtilitate debetur, modo perpetua exceptio ob æquitatem competens actorem excludat. Si quis igitur metu coactus stipulatori promiserit, ac per errorem solverit se debere putans, indebiti condictionem instituere non prohibetur *l.* 40. & 54. *ff. de condict. indeb.* Quod si debitum naturale sit, solutum id quidem frustra repetitur. Nam naturale debitum, si ab actione discesseris, omnes civilis obligationis effectus habet. Aliunde cum ob naturale debitum jus civile compensationem admittat *l. 6. ff. de compens.* per errorem solutum etiam id æquitas condici vetat. Verum si naturalis obligatio improbetur jure civili, cujusmodi est mulieris intercedentis, aut prodigi promittentis obligatio, ea quidem in specie ob solutionem indebiti condictio recte instituetur *l. 9. C. ad Senatusc. Vell.* & *l.* 41. *ff. de cond. indeb.*

VIII. Rursus ut indebiti condictio recte instituatur, oportet, ut quid solutum per errorem fuerit. Cum tamen duplex sit error in jure proditus facti unus, juris alter, addubitarunt doctores, utro errore solutum condici possit. Interpretum fere omnium sententia fuit, quoquo errore solutum seu facti, seu juris generatim condici posse, pro quibus late differit Vinnius ad §. *6. h. t.* Ejus argumenta tamen speciosa potius, quam vera crediderim. Recepta est enim in jure Romano regula, facti qui-

quidem ignorantiam non nocere, nocere tamen ignorantiam juris *l. 9. ff. de jur. & fact. ignor.* Inde igitur facile probes, solutum errore juris frustra condici. Hinc notum esse scribunt Imperatores, per ignorantiam facti tantum solutum condici posse *l. 10. C. eod.* Quod tamen diximus, solutum errore juris frustra condici, id ipsum generatim admitti non debet. Si enim, qui ita solvit, ei jus ignorare liceat, juris error impedimento non erit, quominus ab eo condictio instituatur. Proinde cum fœminis jus ignorare liceat *l. 9. ff. de jur. & fact. ignor.* indebitum mulier recte condicet, licet errore juris solvisse dicatur *l. 9. C. ad Senatusc. Vell.* Cur autem facti error generatim excuset, neutiquam vero juris, late differit Strykius *in us. moder. pand. libr. 12. tit. 6. §. 5. & sequ.*

TITULUS XXIX.

Per quas personas nobis acquiritur obligatio.

PRo instituto hactenus exequuti cum Triboniano sumus contractus, & quasi contractus, potissimas obligationum in jure civili causas. Verum cum ex contractu, vel quasi contractu non solum per se sibi quisque, sed per alios etiam suo juri subjectos obligationes acquirere possit, præsentem rubricam opportune hic interposuit Imperator, ut inde constaret, quatenus quoque per alios nostræ potestati subjectos obligatio nobis acquiri queat. Cum tamen dominii, & obligationis acquirendæ diversa non sit in jure ratio, & fuse alias docuerimus, quatenus per filiosfamilias, aliosque

que noſtro juri ſubjeĉtos dominium nobis acquiri poſſit *libr. 2. tit. 9.* inde facile haurire licet, per quas perſonas obligatio nobis acquiri poſſit. Tantum hic adverti velim, in obligationibus per alios ex contraĉtibus acquirendis ipſius contraĉtus initium ſpeĉtari oportere. Proinde ſi contraĉtus initus ſub conditione fuerit, conditio quandocumque exiſtens retrotrahitur ad contraĉtus initium, tamquam ſi ea extitiſſet, quo tempore primum contrahebatur *l. 78. ff. de verb. oblig.* Inde autem intulere veteres, contraĉtu ſub conditione inito, ipſi patri obligationem acquiri, licet, emancipato jam filio, conditio extitiſſe diceretur *d. l. 78. ff. eod.* Quapropter ſi doloſe filius contraĉtus conditionem in tempus emancipationis ſuæ contulerit, obligatio adhuc parenti quæretur *l. ult. ff. de ſtipul. ſervor.* Secus tamen in legatis obtinuit. In eis enim acquirendis non teſtamenti tempus ſpeĉtari placuit, ſed illud potius, quo eorum dies utiliter ceſſura foret. Proinde ſi filiofamilias quoquo modo legetur, ac, quo tempore dies legati cedat, is ſuæ poteſtatis inveniatur, legatum emancipato acquiretur, licet is, quo tempore legabatur, parentis poteſtati ſubeſſet *l. 18. ff. de reg. jur.*

TITULUS ULTIMUS.

Quibus modis tollitur obligatio.

Veteribus ſolemne fuit, primum ea præmittere, unde quid reĉte conſtitueretur, deinde ea ſubneĉtere, quibus res rite conſtitutæ perimerentur. Reĉte igitur faĉturi videbimur, ſi, obligationum conſtituendarum modis expoſitis, Imperatoris

toris sequuti vestigia modos subjiciamus, quibus constitutæ semel obligationes dissolvuntur. Obligationum autem dissolvendarum modi non ejusdem omnes ingenii. Alii enim obligationem perimunt ipso jure; alii sua sponte quidem obligationem haud tollunt, licet, quod eodem redit effectu juris, implorato Prætoris auxilio, debitorem per exceptionem liberent. De modis, quibus per exceptionem obligatio tollitur, infra videbimus *libr.* 4. *tit.* 13. hic modos edisseremus, quibus obligatio ipso jure perimitur. In latiori autem juris Justinianei syntagmate obligationum ipso jure dissolvendarum modi non pauci memorantur. Nam eo pertinent debiti oblatio & obsignatio, compensatio, duarum causarum in eamdem rem & personam concursus, atque, ut omittam alia, speciei debitæ citra culpam, aut moram debitoris interitus. Verum in præsenti institutionum capite Tribonianus celebriores tantum obligationum perimendarum modos edisserit, solutionem scilicet, novationem, acceptilationem, mutuumque dissensum. Priores duo latius per se patent; iis enim obligationes fere omnes dissolvi possunt. Posteriores duo quibusdam tantum obligationibus perimendis inserviunt. Nos, ne prolixior fiat hic Ajax, solos obligationum dissolvendarum modos edisseremus, qui in institutionibus hic enucleantur, cum præsertim de aliis aut supra sit memoratum, aut in loco alias acturi simus.

II. Primo igitur quævis obligatio rei debitæ solutione dissolvitur: rei debitæ solutione inquam. Nimirum solutionis vocabulum aut generaliter, aut specialiter potest accipi. In priori notione solutio quamcumque liberationem indigitat, licet

licet aliud pro alio in solutum datum creditori fuerit. Specialiter accepta solutio ipsam rei debitæ præstationem significat. In priori specie liberatio continget tandem, si volenti creditori pro alio aliud solvatur: alias invito creditori aliud pro alio obtrudi nequit *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* Verum in posteriori specie statim solutio liberationem parit, seu ea volenti, seu invito creditori fiat, seu ab ipso debitore, seu ab alio ejus nomine fiat *princ. h. t.* Hinc non solum ipse debitor, sed extraneus etiam ejus nomine pecuniam debitam deponit, & obsignat utiliter *l.* 9. *C. de solut.* Oblatam igitur ab extraneo pro debitore pecuniam creditor recusare non potest, nisi sua interesse probarit, ab ipso debitore solutionem fieri, veluti si de canone in emphyteusi, aut de relevio in feudo agatur. Illud tantum cavendum, ne pro parte tantum solutio creditori fiat. Præterquam quod enim solutio facta per minutulas summas haud æque commoda creditori est, ipsa ratio juris exposcit, ut quemadmodum in solidum ab initio constituta est obligatio, ita unica solutione quoque in solidum dissolvatur. Hinc recte scribit Modestinus *in l.* 41. §. 1. *ff. de usur.* debitæ pecuniæ debitore obsignante partem, usurarum totius debiti cursum haud sisti, nisi pacto convento solutionem per partes fieri placuerit. Neque regeras, ex *l.* 5. *C. de compens.* per compensationem ad concurrentem quantitatem usque obligationem pro parte tolli; igitur &, pro parte solutione facta, liberationem pro parte contingere oportere. Id enim in compensatione admissum, quia ea jussu legis ad concurrentem usque quantitatem statim vim justæ solutionis habet, ex quo utrimque pecunia deberi cœpit

pit *l.* 4. *C. eod.* Ceterum cum, ſublata re principali, intercidere neceſſe ſit ea, quæ locum acceſſionis habent, totius debiti ſolutione facta, non ſolum fidejuſſores, & mandatores, verum hypothecæ etiam, & pignora liberantur *l.* 43. *ff. de ſolut. & liber.*

III. Cum non raro contingat, ex pluribus cauſis quempiam obligatum eſſe, quæri haud incommode queat, in utram cauſam ea in ſpecie a debitore ſolutum intelligatur. Sane ſi ſolutionis tempore aperte declaratum a debitore fuerit, in quam cauſam ſolutionem imputari malit, in manifeſta voluntate debitoris res dubio caret *l.* 101. *ff. de ſolut. & liber.* Verum ſi in ſolutione nihil memoratum a debitore fuerit, in arbitrio creditoris erit, cui potius debito acceptum ferat. Id ipſum tamen non pro creditoris lubitu conſtituendum. Creditor enim in eam cauſam pecuniam imputare debet, in quam accipi vellet, ſi ipſe deberet. Nam in ejuſmodi ſolutione veluti debitoris procuratorem creditorem jus fingit. Proinde quemadmodum procurator id facere debet, quod domino commodius ſit futurum, ita creditor in eam cauſam pecuniam, oportet, accipiat, quæ debitori magis expediat. Primo igitur in cauſam adhuc litigioſam pecuniam imputare nequit. Deinde neque in eam, cujus dies nondum venit, neque in fidejuſſionis cauſam, ſi debitor fidejuſſionis quoque nomine ei ſit obligatus. Lubet hic apponere Ulpiani locum ex *l.* 1. *ff. eod. Quoties vero non dicimus, in quod ſolutum ſit, in arbitrio eſt accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id conſtituat ſolutum, in quod ipſe, ſi deberet, eſſet ſoluturus, ideſt in debitum, quod non*

non est in controversia, haud in illud, quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondum venerat. Æquissimum enim visum est, creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. Quod si alterutra causa sit durior, & magis debitorem gravet, in causam duriorem imputari solutio debet. Causa durior intelligetur, quæ usuras, pignora, hypothecas habet *l. 97. ff. eod.* Si nulla causa præ altera prægravet, in causam antiquiorem solutum existimabitur *d. l. 97. ff. eod.* Denique si ex eadem causa sors, & usuræ debeantur, primum in usuras, deinde, si quid superfuerit, in sortem solutum censebitur *l. 5. §. 3. ff. eod.*

IV. Ipso quoque jure per novationem tollitur obligatio. Novatio autem definiri potest *prioris debiti in novam obligationem per stipulationem facta conversio l. 1. §. 1. ff. de novat. & deleg.* Proinde ut novatio facta censeatur, tria isthæc sunt necessaria, obligatio vetus, obligatio nova, ac rite facta stipulatio §. 3. *h. t.* Verum, pactorum & stipulationum jure æquato in Europa hodie, non solum per stipulationem, sed per simplicem etiam pactionem novatio recte fiet. Effectus autem novationis est, ut, nova obligatione constituta, prior omnino perimatur, licet effectu juris nulla sit posterior obligatio, veluti quia in persona pupilli sine auctoritate tutoris novatio facta fuerit *d. l. 1. ff. de novat. & deleg. & d. §. 3. h. t.* Cum igitur per novationem vetus actio omnino perimatur, statim evanescunt etiam prioris actionis incommoda, & accessiones omnes, veluti hypothecæ, & ob eam fidejussores accepti *l. 18. ff. eod.* Inde etiam manat, ut porro non debeantur usuræ in veteri obligatione promissæ *l. 27. ff. eod.*

Ceterum ut novatio facta censeatur, novandi animum contrahentes habere debent; alias & nova obligatio consistet, & vetus non perimetur. An novandi mens contrahentibus fuisset olim, ex præsumptionibus, & conjecturis etiam probari poterat. Verum Justinianus, ut lites præciderentur, vetuit novationem factam intelligi, nisi id diserte contrahentes testati forent. Si expressa conventio in novationem deesset, & veterem obligationem manere jussit, & ei novam accedere *l. ult. C. de novat.* Cum tamen in ea specie ex eadem causa debeatur, ubi ex alterutra obligatione fuerit creditori solutum, statim altera perimetur *l.* 8. §. 5. *ff. eod.*

V. Jam vero novatio dupliciter fieri potest, vel eodem scilicet debitore manente, vel debitoris persona mutata. Si idem debitor per novationem accipiatur, ea non aliter constare censebitur, quam si novum aliquid posteriori obligationi accedat, quod in veteri actione non erat, veluti si in nova obligatione fidejussores, aut hypothecæ constituantur §. 3. *h. t.* Verum si novus debitor per novationem accipiatur, novatio rite consistet, licet nil ei novum accesserit. Id autem si factum fuerit, prior debitor liberatur, & in alterum, qui expromissor in jure dicitur, obligatio transferetur, sive novus debitor ultro, sive veteris debitoris mandato novationem fecerit. Ubi ex debitoris mandato in alium per novationem transfertur obligatio, *delegatio* fieri dicitur. Si per delegationem novi debitoris novatio fiat, licet delegatus solvendo non sit, vetus debitor conveniri nequit. Creditor enim, qui ultro delegatum accipit, bonum nomen expromissoris sua sponte facit *l.* 26. §. 2. *ff. man-*

mandat. Et olim quidem ubi novus debitor esset acceptus, per delegationem novatio facta videbatur. Verum hodie Justiniani menti conformius doctiores existimant, per delegationem novi debitoris novationem factam videri non oportere, nisi id contrahentes diserte convenerint. In eam sane sententiam sat aperta videntur Imperatoris verba *in d. l. ult. C. de novat. Si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, nihil penitus prioris cautelæ innovari, sed anteriora stare, & posteriora incrementum illis accedere.* Id si verum fuerit, ubi sine novandi animo novus debitor fuerit acceptus, potius *assignatio*, quam vocant, quam vera delegatio facta videbitur, quod late post alios tuetur Strykius *in us. modern. pandect. sub tit. de hered. vel action. vend.* §. 25.

VI. Præter novationem hactenus expositam, quam *voluntariam* Paulus appellat *in l. 29. ff. de novat.* alia minus propria novationis species est in jure prodita, quæ ex litis contestatione oritur *l.* 11. *ff. eod.* Eam *necessariam* vocant interpretes, quia non ex voluntate contrahentium, sed ex ipsa juris potestate necessario manat. Isthæc autem novatio ex litis contestatione nascitur, quia litem contestando actor contrahere cum reo videtur, & ex sententia judicis nova actio judicati oritur. Hinc si rei judicatæ exequutio petatur, non originem judicii spectandam esse, sed ipsam judicati velut obligationem monet Ulpianus *in l.* 3. §. 11. *ff. de pecul.* Ex litis contestatione tamen non alio respectu novatio nasci dicitur, quam quia in judicium deducta actio novas qualitates assumit. Ita quidem actio lapsu temporis, aut actoris morte peritura, post litem inchoatam perpetua extem-

plo fit, ac transit etiam ad heredes *l. 26. ff. de oblig. & act.* Reo etiam condemnato nova actio judicati oritur priori longe commodior, & expeditior *l. 4. C. de usur. rei judic.* Ceterum, si accuratius loqui velis, vetus actio per sententiam non consumitur, & prioris actionis commoda salva creditori manent. Cum enim litem exercentes non deteriorem quidem, sed meliorem causam nostram faciamus, si quod privilegium in veteri actione erat, id adhuc post sententiam actori competet. Quod sane discrimen inter novationem necessariam, & voluntariam observatum ab ipso Paulo *in l. 29. ff. de novat.*

VII. Qui obligationum perimendarum modi sequuntur, angustioris sunt usus, & quibusdam tantum obligationibus dissolvendis inserviunt. Ejusmodi primo est *acceptilatio*. Acceptum ferre de creditore dixere veteres, qui debitum se accepisse fateretur, quemadmodum expensum ferre debitorem ajebant, qui creditam sibi pecuniam verbis, vel scripto testaretur. Est igitur acceptilatio solutio non vera quidem, sed imaginaria, qua obligatio stipulatione contracta nova stipulatione dissolvitur. Ita quidem si centum ex stipulatu debeam, meque sine vera pecuniæ numeratione liberari placeat, ita creditorem rogabo: *quæ centum tibi promisi, accepta habes?* ubi creditor responderit, *accepta habeo*, statim per acceptilationem obligatio dissolvetur §. 1. *h. t.* Ceterum apud veteres olim angustius patebat acceptilationis usus, eaque obligationes tantum stipulatione contractæ dissolvi posse videbantur. Proinde, si qui ex alio contractu deberet, acceptum sibi ferri a creditore rogasset, tutus is quidem per exceptionem erat, adhuc

adhuc tamen subtilitate juris adversus eum licebat agere *l.* 19. *princ. ff. de accept.* Verum Cajus Aquilius Gallus solertissimus ille cautionum, ac formularum artifex viam excogitavit, qua obligationes generatim omnes per acceptilationem dissolvi possent, eam ob rem stipulatione composita, quam *Aquilianam* ab auctore veteres appellarunt. Ut igitur ex Aquilii formula obligatio qualibet per acceptilationem dissolvi possit, ea, quacumque ex causa manet, prius in stipulatum deducta novatur: si enim vetus obligatio per stipulationem novata fuerit, non ex veteri causa, sed ex stipulatu debitor obligatus videbitur. Ubi novata jam fuerit per stipulationem actio, quod in ceteris obligationibus ex stipulatu obtinere diximus, per acceptilationem debitor liberari poterit. Ita quidem si Mævio centum ex empto debeam, meque per acceptilationem liberari placuerit, res ita transigetur. Primum, quod ex empto debeo, in stipulatum deducitur; mox Mævium ita rogo; *quod tibi debeo, habesne a me acceptum?* ubi Mævius acceptum se habere responderit, per acceptilationem liberatus intelligor §. 2. *h. t.* Verum his ambagibus hodie apud nostrates haud opus. Cum enim Neapolitano jure inter nudum pactum, & stipulationem vix quicquam intersit, nudo apud nos pacto sine Aquilianæ stipulationis auxilio quæcumque obligatio dissolvetur.

VIII. Mutuus etiam dissensus dissolvendarum obligationum singularis est modus. Cum enim nil magis naturali simplicitati conveniat, quam modo, quo contractæ fuerint, obligationes dissolvi, consensu tantum obligationes initas mutuo dissensu dissolvi placuit *l.* 23. *ff. de reg. jur.* Ita igitur dissolventur

tur non ſolum civiles obligationes conſenſuales, ſed naturales etiam, quæ nudo placiti fine conſiſtunt; & eæ enim conſenſu perficiuntur. Verum enimvero mutuo quidem diſſenſu conſenſualis obligatio diſſolvi poterit, ſi a contrahentibus ea nondum impleta fuerit. Ita quidem, ſi placuerit, ut fundum Sempronianum centum aureis emptum ſibi Sejus haberet, mox neque fundo tradito, neque ſoluto pretio, recedere contrahentes ab emptione velint, nudo diſſenſu diſſolvetur emptio §. 4. *h. t.* Verum ſi fundi, pretiique traditio ſequuta jam fuerit, contractus jam impletus nudo diſſenſu diſſolvi non poteſt, niſi prius reſtituantur, quæ utrimque fuerint accepta: quo quidem facto non a priſtino negotio recedi videtur, ſed novus potius contractus iniri *l.* 58. *ff. de pact.*

Sed nos immenſum ſpatiis confecimus æquor,
Et jam tempus equum fumantia ſolvere colla.

Finis tomi tertii.



	Errata.	*Corrige:*
Pag. 27	civilis pars ufusfru-ctus	virilis pars ufusfru-ctus
46	confuetune	confuetudine
60	infra liquebit *c.* 4.	infra liquebit *ex-curf.* 3. *c.* 2.
69	vieri debet	videri debet
81	ut rectæ interpre-tationi confuetu-dinis feptimæ.	ut rectæ interpre-tationi confuetu-dinis fextæ
97	veri ri	veri
129	pro centum vigin-ti quinque	pro centum centum viginti quinque
135	per creditorem	per debitorem
144	fuperiori fæculo	hoc ineunte fæculo
282	locationis actio ei ab emptore fit ceffa	locationis actio ei a venditore fit ceffa.

Cetera fuppleat lectoris humanitas.



